Deutscher Bundestag **Drucksache 16/511**
16. Wahlperiode 02. 02. 2006

Gesetzentwurf

des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

A. Problem und Ziel

Die wirtschaftliche Lage der Werkunternehmer, vor allem in der Baubranche, ist in den letzten Jahren immer schlechter geworden. Dies gilt insbesondere für die Situation in den neuen Ländern. Forderungsausfälle in Millionenhöhe und eine steigende Anzahl von Insolvenzen prägen das Bild. Diese Situation ist auch auf unzureichende rechtliche Rahmenbedingungen zurückzuführen. Das am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (BGBl. I S. 330) hat hier keine Wende gebracht. Bei seiner Beschlussfassung über dieses Gesetz ging der Bundesrat bereits davon aus, dass weitere gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der Zahlungsmoral notwendig sind. Der vorliegende Gesetzentwurf greift dieses Anliegen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ auf. Er verfolgt das Ziel, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Zum einen sollen Handwerksbetriebe in die Lage versetzt werden, ihre Werklohnforderung effektiv zu sichern. Zum anderen sollen die verfahrensrechtlichen Vorschriften im Sinne einer einfacheren Titelerlangung geändert werden.

B. Lösung

Die Voraussetzungen, unter denen der Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, sollen erleichtert werden.

Die Möglichkeiten des Unternehmers, eine Bauhandwerkersicherung nach § 648a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zu erhalten, sollen klargestellt und deutlich erweitert werden.

Ferner wird das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen modernisiert und vereinfacht. Daneben werden verschiedene bislang unzureichend ausformulierte Bestimmungen des BGB, die im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, geändert und ergänzt, damit sie in der Praxis effektiver anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Regelungen zur Fälligkeit von Vergütungsansprüchen des Subunternehmers.

Schließlich soll die Position des Gläubigers allgemein verbessert werden. Hierzu sind Änderungen des Erkenntnisverfahrens, insbesondere die Einführung einer vorläufigen Zahlungsanordnung, des Aktiengesetzes und des GmbH-Rechts vorgesehen.

C. Alternativen

Denkbar wäre, sich darauf zu beschränken, die im geltenden Recht bereits angelegten Rechtsinstitute auszubauen und zu stärken. Dies ist zwar notwendig, aber nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr, über das bisherige System hinaus gehend neue Möglichkeiten zur Titulierung und Vollstreckung von Ansprüchen zu schaffen.

D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Haushaltsausgaben ohne Vollzugsaufwand/Vollzugsaufwand

Die neuen Instrumentarien im Zivilprozessrecht, insbesondere das neue Verfahren auf Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung, werden in einer nicht quantifizierbaren Zahl von Fällen zu einem erhöhten Verfahrensaufwand bei den Gerichten und zum Teil auch zu Aufwendungen der Staatskasse für Prozesskostenhilfe führen. Dem werden Gebührenmehreinnahmen gegenüber stehen. Im Übrigen steht zu erwarten, dass das neue Institut der vorläufigen Zahlungsanordnung die Vergleichsbereitschaft in Einzelfällen fördern und insoweit die Gerichte entlasten wird.

Soweit dieses Gesetz mit der rechtlichen auch die wirtschaftliche Situation der Bauunternehmer und Handwerker verbessert, ist auf lange Sicht ein Kostenentlastungseffekt für die öffentlichen Haushalte wahrscheinlich, denn die Zahl der Insolvenzen und die dadurch verursachten Folgekosten für die öffentlichen Haushalte werden sich verringern.

Wie sich die vorgenannten Faktoren in der Gesamtbilanz auf die öffentlichen Haushalte auswirken werden, lässt sich nicht vorhersagen.

E. Sonstige Kosten

Sonstige Kosten sind nicht zu erwarten.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, den 1. Februar 2006

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Absatz 3 des Grundgesetzes den vom Bundesrat in seiner 818. Sitzung am 21. Dezember 2005 beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Die Auffassung der Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf ist in der als Anlage 2 beigefügten Stellungnahme dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Angela Merkel

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG)

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 204 Abs. 1 Nr. 8 werden die Wörter „oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a“ gestrichen.
2. § 632a wird wie folgt gefasst:

„§ 632a
Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäß erbrachten Leistungen verlangen, die ihm in nicht mehr entziehbarer Weise zur Verfügung gestellt wurden. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abschlagszahlung nicht verweigert werden. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird.

(2) Wenn der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, können Abschlagszahlungen nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung auf Grund von Artikel 244 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vereinbart sind.

(3) Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.

(4) Sicherheiten nach dieser Vorschrift können auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.“

3. In § 641 werden die Absätze 2 und 3 wie folgt gefasst:

„(2) Die Vergütung des Unternehmers für ein Werk, dessen Herstellung der Besteller einem Dritten versprochen hat, wird spätestens fällig,

1. soweit der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat,
2. soweit das Werk des Bestellers von dem Dritten abgenommen worden ist oder als abgenommen gilt oder
3. wenn der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Auskunft über die in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Umstände bestimmt hat.

Hat der Besteller dem Dritten wegen möglicher Mängel des Werks Sicherheit geleistet, gilt Satz 1 nur, wenn der Unternehmer dem Besteller entsprechende Sicherheit leistet.

(3) Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.“

4. § 641a wird aufgehoben.
5. § 648a wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, und in diesem Umfang auch für Ansprüche, die an ihre Stelle treten, verlangen, auch wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Aufrechenbare Ansprüche des Bestellers bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögens-

verhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat."

b) Die Absätze 5 und 6 werden wie folgt gefasst:

„(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der vereinbarten, noch nicht verdienten Vergütung zustehen.

(6) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist, oder
2. eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt.

Satz 1 Nr. 2 gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer."

6. Dem § 649 wird folgender Satz angefügt:

„Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der vereinbarten noch nicht verdienten Vergütung zustehen."

Artikel 2

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494, 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem Artikel 229 wird folgender § 12 angefügt:

„§ 12
Überleitungsvorschrift zum Forderungssicherungsgesetz

(1) Die Vorschriften der §§ 204, 632a, 641, 648a und 649 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der seit dem … [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] geltenden Fassung sind nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach diesem Tag entstanden sind.

(2) § 641a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf Schuldverhältnisse, die vor dem … [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] entstanden sind, in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden."

2. In Artikel 244 werden nach den Wörtern „die Errichtung" die Wörter „oder den Umbau" eingefügt.

Artikel 3

Änderung der Zivilprozessordnung

Die Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 127 Abs. 2 wird Satz 2 wie folgt gefasst:

„Im Übrigen findet die sofortige Beschwerde statt; dies gilt nicht, wenn

1. der Streitwert der Hauptsache den in § 511 genannten Betrag nicht übersteigt, es sei denn, das Gericht hat ausschließlich die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Prozesskostenhilfe verneint, oder
2. die Entscheidung über die Prozesskostenhilfe ein Verfahren auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a betrifft."

2. In § 227 Abs. 3 Satz 2 wird nach Nummer 1 folgende Nummer 1a eingefügt:

„1a. Streitigkeiten, in denen der Erlass, die Aufhebung oder die Änderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a beantragt ist,".

3. § 301 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der Erlass eines Teilurteils kann unterbleiben, wenn der entscheidungsreife Teil im Verhältnis zum übrigen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig ist oder wenn abzusehen ist, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif sein wird."

b) Folgende Absätze 3 und 4 werden angefügt:

„(3) Die Parteien können den Erlass eines Teilurteils beantragen. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vor, weist das Gericht den Antrag durch kurz zu begründenden Beschluss zurück, der nicht anfechtbar ist. Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass ein Teilurteil nicht ergangen ist.

(4) Das Gericht hat dem Rechtsstreit, soweit er nicht durch das Teilurteil entschieden ist, Fortgang zu geben, auch wenn gegen das Teilurteil ein Rechtsmittel eingelegt wird."

4. § 302 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Das Wort „kann" wird durch das Wort „hat" ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Der Erlass eines Vorbehaltsurteils kann unterbleiben, wenn abzusehen ist, dass die Aufrechnung alsbald zur Entscheidung reif sein wird."

b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz 2a eingefügt:

„(2a) Der Kläger kann den Erlass eines Vorbehaltsurteils beantragen. Liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Vorbehaltsurteils nicht vor, weist das Gericht den Antrag durch kurz zu begründenden Beschluss zurück, der nicht anfechtbar ist. Ein Rechtsmittel kann nicht darauf gestützt werden, dass ein Vorbehaltsurteil nicht ergangen ist.

5. Nach § 302 wird folgender § 302a eingefügt:

„§ 302a
Vorläufige Zahlungsanordnung

(1) Das Gericht erlässt auf Antrag des Klägers wegen einer Geldforderung eine vorläufige Zahlungsanordnung, soweit

1. die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und
2. die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt ist, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben. Hinsichtlich der abzuwägenden Interessen genügt die Glaubhaftmachung.

(2) Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden.

(3) Die vorläufige Zahlungsanordnung steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich. § 713 findet keine Anwendung.

(4) Ändern sich die nach Absatz 1 maßgeblichen Verhältnisse wesentlich, so ist die vorläufige Zahlungsanordnung auf Antrag aufzuheben oder abzuändern.

(5) Die im Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung entstehenden Kosten sind Kosten der Hauptsache. § 96 gilt entsprechend.

(6) Die vorläufige Zahlungsanordnung tritt außer Kraft, soweit ein Endurteil ergeht, die Klage zurückgenommen oder eine anderweitige Regelung wirksam wird. Vollstreckungsmaßnahmen bleiben in der Höhe aufrecht erhalten, in der das Endurteil mit der vorläufigen Zahlungsanordnung übereinstimmt. Über die nach den Sätzen 1 und 2 eintretenden Wirkungen entscheidet das Gericht.

(7) Die Entscheidungen nach dieser Vorschrift ergehen durch kurz zu begründenden Beschluss, der nicht anfechtbar ist.

(8) Soweit dem Kläger nach dem Endurteil ein Anspruch in Höhe der vorläufigen Zahlungsanordnung nicht zusteht, hat er den Schaden zu ersetzen, der dem Beklagten durch die Vollstreckung der vorläufigen Zahlungsanordnung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. § 717 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.“

6. In § 756 wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Besteht die Zug um Zug zu bewirkende Leistung des Gläubigers in einer Nacherfüllung, so kann der Beweis, dass der Schuldner befriedigt ist, auch durch die Bescheinigung eines Gutachters erbracht werden. Gutachter kann sein

1. eine sachkundige Person oder Stelle, auf die sich Gläubiger und Schuldner nach Entstehen der Streitigkeit schriftlich verständigt haben, oder
2. ein auf Antrag des Gläubigers durch eine Industrie- und Handelskammer, eine Handwerkskammer, eine Architekten- oder Ingenieurkammer oder eine Landwirtschaftskammer bestimmter öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger.

Der Gutachter muss mindestens einen Besichtigungstermin abhalten; eine Einladung hierzu unter Angabe des Anlasses muss dem Schuldner mindestens zwei Wochen vorher zugehen. Der Schuldner ist verpflichtet, eine Untersuchung des Werkes oder von Teilen desselben durch den Gutachter zu gestatten. Verweigert er die Untersuchung, wird vermutet, dass die Nacherfüllung ordnungsgemäß erfolgt ist. In diesem Fall hat die Bescheinigung nach Satz 1 die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Schuldners eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war.“

7. Dem § 765 wird folgender Satz angefügt:

„§ 756 Abs. 1a gilt entsprechend.“

Artikel 4

Änderung des Gesetzes, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung

Dem Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 310-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird folgender § 29 angefügt:

„§ 29

§ 302a der Zivilprozessordnung ist mit Ablauf des 31. Dezember 2009 nicht mehr anzuwenden; Verfahren, in denen der Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung vor dem 1. Januar 2010 eingereicht wurde, bleiben hiervon unberührt.“

Artikel 5

Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

„Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen – Bauforderungssicherungsgesetz (BauFG)“.

2. § 1 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Herstellung“ die Wörter „oder dem Umbau“ eingefügt und wird das Wort „Lieferungsvertrags“ durch das Wort „Kaufvertrags“ ersetzt.

bb) Folgender Satz wird angefügt:

„Die Verpflichtung nach Satz 1 hat auch zu erfüllen, wer als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt ist.“

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Baugeld sind Geldbeträge,

1. die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll, oder

2. die der Empfänger von einem Dritten für ein Werk, dessen Herstellung der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an der Herstellung des Werkes andere Unternehmer (§ 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.

Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, sind insbesondere Abschlagszahlungen und solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschrittes des Baues erfolgen soll.“

c) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Ist die Baugeldeigenschaft oder die Verwendung des Baugeldes streitig, so trifft die Beweislast den Empfänger.“

3. Die §§ 2, 3 und 6 werden aufgehoben.

4. Der bisherige § 5 wird § 2.

Artikel 6

Änderung des Gerichtskostengesetzes

Das Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 53 Abs. 1 Satz 1 wird Nummer 1 wie folgt gefasst:

„1. über einen Antrag auf Anordnung eines Arrests, auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder einer vorläufigen Zahlungsanordnung sowie über einen Antrag auf deren Abänderung oder Aufhebung,“.

2. Das Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2) wird wie folgt geändert:

a) In der Gliederung wird der Angabe zu Teil 1 Hauptabschnitt 4 folgende Angabe zu Abschnitt 3 angefügt:

„Abschnitt 3
Vorläufige Zahlungsanordnung“.

b) Nach Abschnitt 2 wird folgender Abschnitt 3 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 34 GKG
„1430	Abschnitt 3 Vorläufige Zahlungsanordnung Verfahren im Allgemeinen Im Verfahren über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung und im Verfahren über den Antrag auf deren Aufhebung oder Abänderung wird die Gebühr jeweils gesondert erhoben.	1,0“.

Artikel 7

Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 788), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 16 wird Nummer 6 wie folgt gefasst:

„6. das Verfahren über einen Antrag auf Anordnung eines Arrests, auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, einer vorläufigen Zahlungsanordnung, einer einstweiligen oder vorläufigen Anordnung, auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, auf Aufhebung der Vollziehung oder Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts und jedes Verfahren über deren Abänderung oder Aufhebung,“.

2. In § 17 Nr. 4 Buchstabe b werden nach den Wörtern „einstweiligen Verfügung“ die Wörter „, einer vorläufigen Zahlungsanordnung“ eingefügt.

3. In § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 werden nach den Wörtern „einstweilige Verfügung“ die Wörter „, die vorläufige Zahlungsanordnung“ eingefügt.

4. Im Vergütungsverzeichnis (Anlage 1 zu § 2 Abs. 2) werden nach der Nummer 3337 die folgenden Nummern 3338 und 3339 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 13 RVG
„3338	Verfahrensgebühr für Verfahren über Anträge auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a ZPO	0,5
3339	Terminsgebühr in den in Nummer 3338 genannten Verfahren Die Gebühr entsteht nur, wenn eine abgesonderte mündliche Verhandlung über den Antrag stattfindet.	0,5“.

Artikel 8

Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen und der Makler- und Bauträgerverordnung

1. Die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) wird wie folgt geändert:

   a) § 1 wird wie folgt geändert:

      aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „ Errichtung“ die Wörter „oder den Umbau“ eingefügt.

      bb) Satz 3 wird wie folgt gefasst:

      „§ 632a Abs. 3 BGB findet Anwendung.“

   b) Nach § 2 wird folgender § 2a eingefügt:

   „§ 2a
   Übergangsregelung

   Die Verordnung ist in ihrer vom … [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung nur auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die seit diesem Tag entstanden sind.“

2. In § 10 Abs. 6 der Makler- und Bauträgerverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. November 1990 (BGBl. I S. 2479), die zuletzt durch … geändert worden ist, wird die Angabe „und die §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 213-2, veröffentlichten bereinigten Fassung in der jeweils geltenden Fassung“ gestrichen.

Artikel 9

Änderung des Aktiengesetzes

In § 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird nach der Angabe „§ 283d des Strafgesetzbuchs“ die Angabe „, den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs. 1 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs oder nach § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen“ eingefügt.

Artikel 10

Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz

Nach § 26d des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1185), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender § 26e eingefügt:

„§ 26e
Übergangsregelung
für die Leitung der Aktiengesellschaft

§ 76 Abs. 3 Satz 3 des Aktiengesetzes in der vom … [einfügen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen Straftaten nach den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder den §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs, die vor diesem Tage rechtskräftig geworden sind, nicht anzuwenden.“

Artikel 11

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Der Überschrift wird die Abkürzung „(GmbHG)“ angefügt.

2. In § 6 wird Absatz 2 wie folgt geändert:

   a) In Satz 3 wird nach der Angabe „§ 283d des Strafgesetzbuchs“ die Angabe „, den §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder den §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 dieses Gesetzes oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer Straftat nach den §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs oder nach § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen“ eingefügt.

   b) Folgender Satz wird angefügt:

   „Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, zum Geschäftsführer bestellen oder nicht abberufen oder ihr tatsächlich die Führung der Geschäfte überlassen, haften der Gesellschaft solidarisch für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt.“

Artikel 12

Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes

Das Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 46 Abs. 2 Satz 2 werden nach der Angabe „(§§ 275 bis 277 der Zivilprozessordnung),“ die Wörter „über die vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a der Zivilprozessordnung),“ eingefügt.

2. In § 64 Abs. 6 Satz 2 werden nach dem Wort „Vorschriften“ die Wörter „über die vorläufige Zahlungsanordnung und“ eingefügt.

Artikel 13

Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch

Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 64 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

   „Abweichend von Satz 1 hat der Empfänger für die Entscheidung über eine Auskunft nach § 68a eine Gebühr von 5 Euro zu entrichten."

2. Nach § 68 wird folgender § 68a eingefügt:

   „§ 68a
   Übermittlung für die Vollstreckung privatrechtlicher Titel

   (1) Die Anschrift eines Betroffenen und sein derzeitiger oder zukünftiger Aufenthalt dürfen übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe der Personalien des Betroffenen glaubhaft macht, dass er

   1. die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne von § 704 Abs. 1, von § 794 Abs. 1 und von § 801 der Zivilprozessordnung, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegt, benötigt,
   2. ohne Kenntnis dieser Daten zur Vollstreckung des Anspruchs nicht in der Lage wäre und
   3. die Daten auf andere Weise entweder nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erlangen könnte.

   Dies gilt nur, soweit kein Grund zu der Annahme besteht, dass dadurch schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden, und wenn das Ersuchen nicht länger als sechs Monate zurückliegt. § 68 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gilt entsprechend.

   (2) § 41 Abs. 2 des Straßenverkehrsgesetzes ist entsprechend anzuwenden."

Artikel 14

Änderung des Straßenverkehrsgesetzes

Dem § 39 des Straßenverkehrsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (BGBl. I S. 310, 919), das zuletzt durch … geändert worden ist, wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Absatz 3 Satz 1 gilt entsprechend mit der Maßgabe, dass die in Absatz 1 Nr. 1 bis 4 angeführten Daten übermittelt werden, wenn der Empfänger unter Angabe von Fahrzeugdaten oder Personalien des Halters glaubhaft macht, dass er die Daten zur Vollstreckung eines Titels im Sinne der § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1 und § 801 der Zivilprozessordnung benötigt, dem ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegt."

Artikel 15

Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang

Die auf Artikel 8 beruhenden Teile der dort geänderten Rechtsverordnungen können auf Grund der einschlägigen Ermächtigungen durch Rechtsverordnung geändert werden.

Artikel 16

Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

(1) § 6 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der vom Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes an geltenden Fassung ist auf Verurteilungen wegen der §§ 82, 84 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder der §§ 399 bis 401 Abs. 1 des Aktiengesetzes oder der §§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuchs, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig werden, nicht anzuwenden.

(2) § 6 Abs. 2 Satz 5 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist hinsichtlich Obliegenheitsverletzungen, die vor dem Tag des Inkrafttretens des Forderungssicherungsgesetzes erfolgt sind, nicht anzuwenden.

Artikel 17

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft.

Begründung

A. Allgemeines

I. Notwendigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen

Viele Handwerker und mittelständische Unternehmer beklagen eine zunehmende Verschlechterung des Zahlungsverhaltens ihrer Auftraggeber. In den letzten Jahren gingen Milliardenbeträge durch uneinbringliche Forderungen verloren. Aber auch länger dauernde hohe Außenstände führen vor allem Unternehmen des Baugewerbes in den neuen Ländern in teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten. Mitursächlich für diese Entwicklung sind neben einer häufig unzureichenden betrieblichen Kapitalausstattung auch strukturelle Schwächen des geltenden Werkvertrags-, Zivilverfahrens- und Vollstreckungsrechts sowie des Aktien- und des GmbH-Rechts.

1. Die Regelung des § 632a BGB über Abschlagszahlungen kommt in der Praxis häufig deshalb nicht zum Tragen, weil ein „in sich abgeschlossener Teil des Werks“ nicht gegeben ist oder Unklarheit herrscht, wie diese Anspruchsvoraussetzung aufzufassen ist.

2. § 641 Abs. 2 BGB sieht die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer dann vor, wenn der Bauherr an den Generalunternehmer gezahlt hat. Diese Vorschrift geht für den Subunternehmer insoweit ins Leere, als er keine Kenntnis davon erlangen kann, ob entsprechende Zahlungen erfolgt sind. Der Generalunternehmer kann dem Vergütungsverlangen des Subunternehmers leicht den nicht überprüfbaren Einwand entgegenhalten, der Besteller habe noch nicht gezahlt. Einen eigenen Auskunftsanspruch gegen den Dritten hat der Unternehmer nicht.

3. § 648a BGB, der durch das am 1. Mai 1993 in Kraft getretene Bauhandwerkersicherungsgesetz (BGBl. I S. 509) geschaffen wurde, gewährt dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Besteller innerhalb einer ihm zu setzenden Frist dem Verlangen auf Bestellung einer Sicherheit für den voraussichtlichen Vergütungsanspruch nicht nachkommt.

   Die in diese gesetzliche Neuregelung gesetzten Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Gerade „kleinere“ Unternehmen machen hiervon keinen Gebrauch, da sie damit rechnen müssen, dass sie ansonsten von einem „größeren“ Auftraggeber nicht mehr mit Zusatz- oder Folgeaufträgen bedacht werden oder der Vertrag gekündigt wird.

4. Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz – BauFG), das neben dem Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB den vorleistungspflichtigen Bauhandwerker schützen soll, hat dieses Ziel im Wesentlichen nicht erreicht.

   Der Zweite Abschnitt des BauFG (Dingliche Sicherung der Bauforderungen) ist nicht anwendbar, da die nach § 9 BauFG erforderlichen landesrechtlichen Bestimmungen nicht erlassen worden sind und auch nicht praktikabel wären.

   Der Erste Abschnitt des BauFG (Allgemeine Sicherungsmaßregeln) ist zwar geltendes Recht. Die darin enthaltenen Bestimmungen über die Baugeldverwendungspflicht, die Pflicht zur Führung eines Baubuchs sowie über die Schadensersatzhaftung im Falle der Verletzung dieser Pflichten spielen in der Praxis jedoch nur eine geringe Rolle.

5. Das geltende Recht sieht in § 301 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Teilurteil zu erlassen hat. Hiervon kann es allerdings absehen, wenn es nach seinem nicht überprüfbaren Ermessen den Erlass eines Teilurteils nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet. Der Erlass des Teilurteils soll demnach bei Vorliegen der Voraussetzungen die Regel sein (vgl. Thomas, in: Thomas/Putzo, ZPO-Komm., 25. Aufl., § 301 Rn. 4). Die Praxis macht aber von dieser Möglichkeit nur wenig Gebrauch. Die Schätzungen reichen von weniger als zwei Prozent bis zu fünf Prozent (vgl. Musielak, in: Festschrift für Lüke, 1997, S. 561 <562>). Diese allzu große Zurückhaltung der Rechtsprechung, die auch teilweise in der Literatur beklagt wird (vgl. Schneider, MDR 1976, S. 93; Musielak, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., § 301 Rn. 18; Fenge, in: Alternativkommentar zur ZPO, § 301 Rn. 4; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO-Komm., 21. Aufl., § 301 Rn. 15 Fn. 88), führt dazu, dass der Klagepartei ein möglicher – frühzeitiger – Vollstreckungstitel vorenthalten wird.

   Diese Überlegungen gelten für das Vorbehaltsurteil entsprechend. Verteidigt der Beklagte sich durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung, sieht bereits das geltende Recht die Möglichkeit vor, unter den Voraussetzungen des § 302 ZPO ein Vorbehaltsurteil zu erlassen und so bereits in einem frühen Verfahrensstadium einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Der Erlass eines Vorbehaltsurteils liegt im Ermessen des Gerichts.

6. Zivilprozesse werden in Deutschland überwiegend zügig abgeschlossen. Zu einer längeren Verfahrensdauer kommt es dagegen typischerweise bei Prozessen, die eine sachverständige Begutachtung bestimmter Beweisfragen erfordern. Das ist besonders häufig bei Bauprozessen oder bei Schadensersatzstreitigkeiten (etwa Verkehrshaftpflicht, Arzthaftpflicht) der Fall. Hier können schon bis zum Abschluss der ersten Instanz mitunter mehrere Jahre vergehen.

   Für den Gläubiger eines Zahlungsanspruchs kann die mit einer langen Verfahrensdauer verbundene Verzögerung der Titulierung erhebliche Belastungen mit sich bringen (etwa Liquiditätsausfall, erhöhtes Risiko einer Schuldnerinsolvenz), die bei ordnungsgemäßem Prozessverlauf gleichwohl unvermeidlich und daher grundsätzlich hinzunehmen sind. Besonders schwierig kann die Lage für den Gläubiger jedoch werden, wenn der Erfolg seiner Klage nach dem erreichten Verfahrensstand zwar schon nahe gerückt ist, die Entscheidungsreife aber gleichwohl noch nicht gegeben ist und sich auch in absehbarer Zeit noch nicht herstellen lässt, etwa weil das Gericht weiteren Beweisangeboten nachzugehen hat. Je höher in solchen

Fällen die Erfolgswahrscheinlichkeit der Klage ist und je länger sich zugleich der Entscheidungszeitpunkt hinauszögert, desto schwerer wiegt die daraus folgende prozessuale Belastung des Gläubigers.

Das geltende Verfahrensrecht bietet zum Ausgleich solcher Belastungen keine überzeugenden Lösungen an. Die verfügbaren prozessualen Instrumente können die beschriebene Rechtsschutzlücke nicht ausfüllen.

Eine vorgezogene Beweisführung im Wege des selbständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff. ZPO) könnte dem Kläger zwar möglicherweise einen Zeitgewinn bei der Beweisaufnahme, nicht aber einen Titel verschaffen. Die Vorschriften über den Urkundsprozess (§§ 592 ff. ZPO) würden in Fällen sachverständiger Begutachtung nur dann weiterhelfen, wenn deren Ergebnis über das Beweismittel der Urkunde ins Verfahren eingeführt werden könnte. Gegen ein derartiges Konzept, das der im Jahre 2000 eingeführten Fertigstellungsbescheinigung nach § 641a BGB zu Grunde liegt, bestehen nicht nur grundsätzliche systematische Bedenken; es hat sich auch in der Rechtspraxis nicht bewährt.

Der herrschende Grundsatz, wonach eine Titulierung im Erkenntnisverfahren an die Entscheidungsreife des Rechtsstreits anknüpft, lässt Problemfälle der geschilderten Art außer Betracht. Die Entscheidungsformen des Teilurteils (§ 301 ZPO) und des Vorbehaltsurteils (§ 302 ZPO) setzen jeweils voraus, dass die Schwelle der Entscheidungsreife erreicht wird. Hinzu kommt, dass das Teilurteil an den Streitgegenstandsbegriff gebunden ist und als endgültige Entscheidung dem Gebot der Widerspruchsfreiheit zur Schlussentscheidung unterliegt, was seine praktische Nutzbarkeit bei tatsächlich und rechtlich komplexen Sachverhalten stark einengt. Das Vorbehaltsurteil ist zudem in seiner derzeitigen Gestalt thematisch eng begrenzt.

Schließlich kann auch das geltende Recht des einstweiligen Rechtsschutzes (§§ 916 ff. ZPO) die beschriebenen Problemfälle nicht zuverlässig erfassen. Nach herkömmlichem Verständnis beschränkt sich die Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes darauf, den status quo streitiger Rechtsverhältnisse so weit zu sichern, dass der Durchführung eines Hauptsacheverfahrens nicht die rechtliche oder tatsächliche Grundlage entzogen wird. Aus dieser Sicherungsfunktion ergibt sich das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung. Soweit das Gesetz ausnahmsweise Fälle einer vorläufigen Anspruchsbefriedigung anerkennt (vgl. etwa § 1615o BGB, § 25 UWG, §§ 620 ff. ZPO), handelt es sich durchweg um Tatbestände, bei denen die sofortige Erbringung einer Leistung zwingend geboten erscheint, um eine dauerhafte Rechtsvereitelung abzuwenden. Vergleichbar enge Grenzen zieht die Rechtsprechung der auf der Grundlage der §§ 935 und 940 ZPO entwickelten richterrechtlichen Figur der Leistungsverfügung, nach der eine vorläufige Befriedigung gewährt wird, wenn der Anspruchsteller auf eine sofortige Leistung zur Abwendung unverhältnismäßiger Schadensfolgen dringend angewiesen ist. Mit Ausnahmefällen dieser Art ist die oben dargelegte besondere Belastungssituation des Klägers regelmäßig nicht vergleichbar. Dies ergibt sich schon aus der grundlegend anderen Verfahrenssituation. Leistungsverfügungen ergehen auf Grund selbständiger Eilverfahren, in denen die Gerichte häufig nur über einen kursorischen Sachvortrag (oft nur einer Partei) und über knappe Entscheidungsfristen verfügen. Zudem ist das Beweismaß auf eine bloße Glaubhaftmachung reduziert. Zur Bewältigung umfangreicher und komplexer Sachverhalte ist das Verfahren der Leistungsverfügung deshalb nicht geeignet.

7. Der Gesetzgeber hat im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und im Aktiengesetz (AktG) Ausschlussgründe für die Tätigkeit als Mitglied des Vorstands normiert. Personen, die eine Insolvenzstraftat des Bankrotts, des besonders schweren Falls des Bankrotts, der Verletzung der Buchführungspflicht, der Gläubiger- oder der Schuldnerbegünstigung gemäß den §§ 283 bis 283d StGB begangen haben und deswegen rechtskräftig verurteilt wurden, sind nach diesen Bestimmungen von Gesetzes wegen für fünf Jahre von der Geschäftsführertätigkeit und von der Tätigkeit als Vorstandsmitglied ausgeschlossen.

   In den letzten Jahren ist die Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaften sowie deren volkswirtschaftliche Bedeutung deutlich gestiegen. Die Entwicklung an den Aktienmärkten sowie die angekündigten Steuererleichterungen und Befreiungen für Gesellschaftsumwandlungen, Beteiligungen und Zusammenschlüsse werden dazu beitragen, dass sich auch künftig Unternehmen verstärkt für die Gründung einer solchen Gesellschaft oder Umwandlung ihres bestehenden Betriebes in eine GmbH oder AG entscheiden werden. Hinzu kommt, dass die Unternehmen sich durch Beteiligungen und Fusionen vergrößern und damit ihre Bedeutung im Wirtschaftsleben zunehmen wird. An die Zuverlässigkeit der vertretungsberechtigten Personen einer solchen Gesellschaft sind daher besonders hohe Anforderungen zu stellen. Sowohl die von diesen Personen vertretenen Gesellschaften als auch deren Vertragspartner müssen darauf vertrauen können, dass sie mit integeren Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern zusammenarbeiten.

   Diesem Anforderungsprofil wird die gegenwärtig enge Beschränkung der gesetzlichen Ausschlussgründe auf die genannten Insolvenzstraftaten nicht mehr gerecht.

II. Allgemeine Zielsetzung des Entwurfs

Der vorliegende Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, die vorstehend unter I. aufgezeigten Defizite zu beheben und dadurch der schlechten Zahlungsmoral entgegenzuwirken. Er greift dabei großenteils auch auf Überlegungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ zurück.

1. Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs

   Der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines Bauwerks soll nach dem Gesetzentwurf besser vor Forderungsausfällen geschützt werden.

   Dieses Ziel soll durch folgende Maßnahmen erreicht werden:

a) Modernisierung des BauFG

Die Regelungen des BauFG über die Baugeldverwendung werden modernisiert und insgesamt praktikabler gestaltet. Die Baubuchführungspflicht (§ 2 BauFG) wird durch einen Auskunftsanspruch ersetzt.

b) Sonstige Änderungen

Daneben sollen einzelne Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die im Rahmen des am 1. Mai 1993 in Kraft getretenen Bauhandwerkersicherungsgesetzes und des am 1. Mai 2000 in Kraft getretenen Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt worden sind, den Bedürfnissen der Praxis angepasst werden. Zu nennen sind insbesondere die Regelungen des

– § 632a BGB (Abschlagszahlungen)
– § 641 BGB (Fälligkeit der Vergütung)
– § 648a BGB (Bauhandwerkersicherung).

2. Änderungen der Zivilprozessordnung

a) Teilurteil

Der Entscheidung durch Teilurteil soll in der Praxis größere Bedeutung verschafft werden. Dies soll vor allem durch die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des § 301 Abs. 2 ZPO erreicht werden. Vom Erlass eines Teilurteils soll nur noch in zwei, im Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmefällen abgesehen werden können. Ferner soll die praktische Bedeutung des Teilurteils durch die Einführung eines Antragsrechts der Parteien gestärkt werden. Außerdem ist vorgesehen, die Förderungspflicht des Gerichts im Hinblick auf den nicht durch das Teilurteil entschiedenen Teil des Rechtsstreits im Gesetz ausdrücklich zu verankern.

b) Vorbehaltsurteil

Gestärkt werden soll auch die praktische Bedeutung des Vorbehaltsurteils. Ebenso wie beim Teilurteil soll sein Erlass bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Regelfall sein und nur noch in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen unterbleiben können. Ferner soll dem Kläger das Recht eingeräumt werden, den Erlass eines Vorbehaltsurteils zu beantragen.

c) Vorläufige Zahlungsanordnung

Mit der vorläufigen Zahlungsanordnung schlägt der Entwurf ein neues Rechtsinstitut vor, das dem Kläger die Titulierung seines Zahlungsanspruchs auf Grund fundierter Prognosen schon vor Eintritt der Entscheidungsreife ermöglichen soll. Ziel dieses Instruments ist es, dem Kläger in den Fällen vorläufigen Rechtsschutz zu verschaffen, in denen ihm bei hoher Erfolgsaussicht seiner Klage ein weiteres Zuwarten auf die Titulierung angesichts der damit verbundenen Auswirkungen auch in Ansehung der Beklagteninteressen nicht mehr zugemutet werden soll. Die vorläufige Zahlungsanordnung ergänzt damit die bestehenden gerichtlichen Entscheidungsformen der §§ 300 ff. ZPO und eröffnet dem Gericht die Chance, bereits im Vorfeld der Entscheidungsreife den Streit durch eine vorläufige Titulierung zu befrieden.

Der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung soll allerdings nur dann möglich sein, wenn das „Erfolgsmoment“ (hohe Erfolgsaussicht) und das „Zeitmoment“ (voraussichtliche Verfahrensdauer) gemeinsam eine besondere Belastung des Klägers begründen. Zu diesen beiden Faktoren hat das Gericht im Einzelfall auf der Basis des jeweiligen Verfahrensstandes eine Prognose zu treffen. Anschließend hat es eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, die neben den Prognoseergebnissen die von den Parteien dargelegten und glaubhaft gemachten Interessen berücksichtigen wird.

Das Verfahren zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ist in ein Hauptsacheverfahren eingebunden. Es wird auf Antrag des Klägers eingeleitet und schließt mit einem unanfechtbaren Beschluss, mit dem entweder eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen oder eine solche abgelehnt wird. Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann über den gesamten oder nur über einen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs ergehen. Im letzteren Fall ist sie im Gegensatz zum Teilurteil nicht an abtrennbare Teile des Streitgegenstandes gebunden, wodurch eine flexible Sachregelung im Einzelfall ermöglicht wird. Die vorläufige Zahlungsanordnung soll nur vorläufige, keine endgültigen Wirkungen entfalten. Sie tritt spätestens mit der instanzabschließenden Entscheidung außer Kraft. Damit wird nicht nur die Widerspruchsfreiheit zwischen beiden Entscheidungen gewährleistet; ihre gegenseitige rechtliche Unabhängigkeit sichert auch die Entscheidungsfreiheit des erkennenden Gerichts in weitest möglichem Umfang.

Aus den vorgenannten Gründen ist ein Fortbestand der vorläufigen Zahlungsanordnung auch nicht für den Fall vorgesehen, dass die Parteien bereit sind, deren Inhalt als endgültig zu akzeptieren. Hingegen gibt die vorläufige Zahlungsanordnung den Parteien Aufschluss über den voraussichtlichen Verfahrensausgang und fördert dadurch deren Einigungsbereitschaft.

Der vorläufigen Zahlungsanordnung wird durch die Gleichstellung mit einem vorläufig vollstreckbaren Endurteil Titelfunktion zuerkannt. Der Kläger, der auf der Grundlage einer vorläufigen Zahlungsanordnung die Zwangsvollstreckung betreibt, tut dies auf eigenes Risiko; eventuelle Vermögensverschiebungen stehen unter dem Vorbehalt einer abweichenden Hauptsacheentscheidung. Dennoch dürfte die Möglichkeit einer vorläufigen Titulierung für manchen Beklagten die Versuchung verringern, Angriffs- und Verteidigungsmittel in missbräuchlicher Weise zu Verfahrensverzögerungen einzusetzen.

3. Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und des Aktiengesetzes

Die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH und des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG und § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) sollen um die Betrugstat-

bestände, die Straftatbestände der Untreue, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, des im BauFG enthaltenen Straftatbestandes der Benachteiligung von Baugeldgläubigern sowie die Straftatbestände der §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG beziehungsweise §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG erweitert werden.

Mit dieser Erweiterung der gesetzlichen Ausschlussgründe werden weitere Zuverlässigkeitskriterien für die Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH und als Mitglied im Vorstand einer Aktiengesellschaft geschaffen. Die Ausdehnung der gesetzlichen Ausschlussgründe schließt zugleich bestehende gesetzliche Regelungslücken. So erfassen das im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung ausgesprochene Berufsverbot und eine Gewerbeuntersagung nach der Gewerbeordnung jeweils nur die von dem Verurteilten oder dem Betroffenen ausgeübten spezifischen Tätigkeitsbereiche. Ein solcher Ausschluss wirkt nur relativ und erstreckt sich damit nur auf den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft, in der der Verurteilte vorher tätig war. Im Gegensatz hierzu wirkt der gesetzliche Ausschluss nach dem GmbH-Gesetz bzw. nach dem Aktiengesetz für alle Unternehmensgegenstände.

Gegenstand der Erweiterung der Ausschlussgründe sind jedoch nur entsprechend gewichtige Straftatbestände, deren Begehung ein Tätigwerden als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft von vornherein ausschließt. Bei derartigen Vorverurteilungen besteht regelmäßig keine Vertrauensbasis für eine ordnungsgemäße und entsprechend den Regeln des Wirtschaftslebens ausgerichtete Geschäftsführung. Die Ausschlusstatbestände sind speziell auf das Anforderungsprofil als GmbH-Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zugeschnitten.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (§ 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB)

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Dementsprechend soll § 641a BGB aufgehoben werden. Als Folgeänderung ist in § 204 Abs. 1 Nr. 8 die „Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a“ als Hemmungstatbestand zu streichen.

Zu Nummer 2 (§ 632a BGB)

Zu Absatz 1

In Absatz 1 wird der bisherige § 632a BGB an die Parallelbestimmung des § 16 Nr. 1 VOB/B angeglichen. Dies führt zu einer Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. Bislang besteht ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur bei der Vorausleistung von Material und bei der Herstellung abgeschlossener Teile des Werks. In der Praxis ist es aber oft sehr schwierig zu beurteilen, ob ein Teil des Werks abgeschlossen ist oder nicht. Daran scheitert häufig die Anwendung des § 632a BGB. Um diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, soll deshalb die offenere Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B übernommen werden. Dies führt zu einer Anspruchsausweitung. So sollen Abschlagszahlungen nicht nur – wie bisher – bei der Lieferung von Material gefordert werden können, sondern auch dann, wenn eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht worden ist. Bei anderen Werkverträgen als Bauverträgen sollen Teilleistungen einen Abschlagszahlungsanspruch auch auslösen, wenn keine Eigentumsübertragung am Teilwerk erfolgt oder dafür Sicherheit geleistet wird (denkbar z. B. im Fall der Entwicklung eines individuellen EDV-Programms oder bei Erstellung eines aus mehreren Teilen bestehenden Gutachtens). Eine „nachgewiesene vertragsgemäße Leistung“ i. S. des Satzes 1 der Neufassung setzt dann jedoch voraus, dass die Teilleistung für den Besteller einen Wert darstellt und ihm in einer nicht mehr entziehbaren Weise zur Verfügung gestellt wird. Dies wird durch den letzten Halbsatz in Satz 1 ausdrücklich klargestellt.

In Abweichung vom Wortlaut des § 16 Nr. 1 VOB/B wird in der Neufassung des § 632a BGB darauf verzichtet, ausdrücklich den Umsatzsteuerbetrag zu erwähnen. Nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes ist in der nachzuweisenden Höhe des Wertes der vertragsgemäßen Leistungen die darauf entfallende Umsatzsteuer enthalten. Deshalb ist es nicht erforderlich, dies gesondert in Absatz 1 anzusprechen.

Eine Festlegung der Anzahl der Abschlagsforderungen ist erwogen worden, um möglichem missbräuchlichen Verlangen vorzubeugen, das darin bestehen kann, dass der Besteller ohne sachlichen Grund mit einer Vielzahl von Abschlagszahlungsforderungen konfrontiert wird. Die Anhörung der Praxis durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ hat jedoch ergeben, dass eine solche missbräuchliche Handhabung auch bei der Abschlagszahlungsregelung nach § 16 VOB/B nicht beobachtet und auch von Auftraggebern nicht bemängelt wird, so dass im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung der Abschlagszahlungen im Interesse der Parteien davon Abstand genommen worden ist. Die Bestimmung eines konkreten Zahlungsplans im Interesse des Verbrauchers, der die Abrufbarkeit möglicher Kredite planen muss, wird schon im Hinblick auf die Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen als nicht notwendig angesehen. Absatz 1 gilt für Generalübernehmerverträge und alle sonstigen Werkverträge.

In Anlehnung an die Regelung in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB sollen Abschlagszahlungen nicht nur für völlig mangelfreie Werke verlangt werden können, sondern auch für solche, die nur unwesentliche Mängel aufweisen. Das Erfordernis einer völlig mangelfreien Leistung, die auch keine unwesentlichen Mängel aufweisen darf, würde die Vorschrift weit gehend entwerten und unpraktikabel machen sowie der Absicht der gesetzlichen Regelung, die Situation des Bauhandwerkers zu verbessern, entgegenstehen. Deshalb sollen auch bei solchen Leistungen, die mit unwesentlichen Mängeln behaftet sind, Abschlagszahlungen verlangt werden können. Dem Auftraggeber steht jedoch ein Zurückbehaltungsrecht entsprechend § 641 Abs. 3 BGB zu (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rn. 1218b m. w. N.). Bei Mängeln, die den Grad der Unwesentlichkeit überschreiten, soll dem Auftragnehmer demgegenüber kein Recht auf Abschlagszahlungen zustehen, weil dieses der in § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Wertung widerspricht.

Das in Satz 5 vorgesehene Wahlrecht zwischen Eigentumsübertragung und Sicherheit für den Besteller folgt dem Vorbild des § 16 VOB/B, der sich in der Praxis bewährt hat.

Wegen ihres vorläufigen Charakters stellen Abschlagszahlungen keine Teilabnahmen dar.

Zu Absatz 2

Absatz 2 dient dazu, das Verhältnis zu anderen Abschlagszahlungsregelungen klarzustellen. In der vorgeschlagenen Fassung betrifft er Bauträgerverträge, für die die zulässigen Abschlagszahlungen in der Verordnung über die Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl. I S. 981) unter Verweis auf die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) festgelegt sind. Der Hinweis ist allgemein gewählt worden, um auch zukünftigen Entwicklungen Rechnung zu tragen.

Soweit in Absatz 2 erweiternd auch der Umbau erwähnt wird, soll sich die Auslegung dieses Begriffs hier als auch in den entsprechenden Änderungen in Artikel 2 Nr. 2 und Artikel 8 Nr. 1 Buchstabe a des vorliegenden Entwurfs an der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 5 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) orientieren. Danach sind Umbauten Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion und Bestand. Unter diesen Voraussetzungen fallen entsprechend der Regelung in § 3 Nr. 6 HOAI auch Modernisierungen darunter.

Zu Absatz 3

Absatz 3, der auch Bauträgerverträge erfasst, dient dem Verbraucherschutz. In beiden Fällen, sowohl beim Bauträgervertrag als auch beim Generalübernehmervertrag, hat sich in der Praxis die Frage ergeben, ob und in welchem Umfang dem Besteller eine Absicherung für seinen Erfüllungsanspruch zu verschaffen ist. Ein tatsächliches Bedürfnis, den Erfüllungsanspruch des Bestellers in gewisser Weise abzusichern, besteht. Durch die Regelungen über die Abschlagszahlungen in der Makler- und Bauträgerverordnung und durch eine entsprechende AGB-Kontrolle bei Generalübernehmerverträgen ist zwar sichergestellt, dass der Besteller nur für bereits erbrachte Leistungen zu zahlen hat. Dies deckt aber sein tatsächlich bestehendes Sicherungsbedürfnis nicht voll ab. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Besteller in der Regel erhebliche Mehraufwendungen entstehen, wenn das Bauwerk insbesondere im Fall der Insolvenz des Bauunternehmers nicht vollendet oder mangelhaft errichtet wird.

Es erscheint daher angezeigt, in § 632a BGB gesetzlich festzulegen, dass und in welchem Umfang der Besteller einen gesetzlichen Anspruch auf Absicherung seines Erfüllungsanspruchs hat, wenn der Werkvertrag die Errichtung eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks oder einen Umbau zum Gegenstand hat und Abschlagszahlungen vorgesehen werden. Dazu soll sich der Sicherungsumfang an § 14 Nr. 2 VOB/A anlehnen, der eine entsprechende Regelung für Bauaufträge der öffentlichen Hand bereits enthält. Hier wird das Sicherungsbedürfnis des Bestellers mit 5 Prozent der Auftragssumme, was in der Diktion des BGB 5 Prozent der Vergütung entspricht, angesetzt. Diese Begrenzung hat sich im Bereich der öffentlichen Bauaufträge bewährt und kann als Basisregelung verallgemeinert werden. Das Bedürfnis nach einer höheren Sicherheit als 5 Prozent ist derzeit nicht quantifizierbar. Die Bestimmung einer festen Größe der Sicherheit ist aus Gründen der Rechtssicherheit dem Kriterium der Angemessenheit vorzuziehen. Deshalb bestimmt Absatz 3, dass der Besteller eine Sicherheitsleistung für seinen Erfüllungsanspruch in Höhe von 5 Prozent der Vergütung beanspruchen kann. Der Sicherungszweck der dem Besteller zu stellenden Sicherheit ist dahin gehend konkretisiert, dass Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten ist. Das setzt die Abnahmereife, somit ein vollständiges, von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk voraus. Die Sicherheit soll somit alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt. Erfasst sein sollen darüber hinaus aber auch die durch Überschreitung der Bauzeit entstehenden Ansprüche, da dem Verbraucher gerade bei Krisen von Bauunternehmern und Bauträgern Schäden häufig dadurch entstehen, dass das Bauwerk nicht rechtzeitig bezogen werden kann. Die Bürgschaft als Vertragserfüllungsbürgschaft sichert die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche. Nach der Abnahme ist die Bürgschaft zurückzugeben, es sei denn, die bei Abnahme vorbehaltenen Mängel sind noch nicht beseitigt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1998, 554).

Ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche soll nicht bestehen. Die Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft soll der individuellen Vertragsgestaltung überlassen bleiben.

Nach Satz 3 kann die Sicherheitsleistung in Anlehnung an die Regelung in § 17 Nr. 6 VOB/B auch in der Weise erbracht werden, dass auf Verlangen des Unternehmers ein Einbehalt erfolgen kann. Da dieser Einbehalt von den Parteien direkt geregelt werden kann, wird der mit der Einschaltung der Bank verbundene Organisations- und Kostenaufwand vermieden. Der Besteller kann im Falle einer solchen Vereinbarung die Abschlagszahlungen so lange zurückhalten, bis die geschuldete Sicherheit von 5 Prozent erbracht ist.

Zu Absatz 4

Im Interesse eines Gleichlaufs mit § 648a BGB wird die Art der zu leistenden Sicherheit hier in gleicher Weise festgelegt.

Von einer zwingenden Ausgestaltung der Regelungen für Verbraucher bei Bauverträgen ist abgesehen worden. Bei anderen Werkverträgen als Bauverträgen sind die in der Praxis üblichen Vorauszahlungen (Reinigung, Eintrittskarten) individualvertraglich grundsätzlich zulässig und müssen sich im Falle formularmäßiger Regelung an den §§ 307 ff. BGB messen lassen. Auch in Bauverträgen kann es durchaus interessengerecht sein, von § 632a BGB abweichende Vereinbarungen zu treffen. Vor dem Hintergrund des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB wird eine entsprechende Vereinbarung im Regelfall an § 307 BGB zu messen sein, so dass der Schutz des Verbrauchers in ausreichender Weise gewährleistet ist (vgl. Werner/Pastor, a. a. O., Rn. 1218d; Staudinger/Peters, BGB, 2003, § 632a Rn. 13). Auch soll es dem Verbraucher weiterhin möglich sein, die VOB/B als Gesamtregelung zu vereinbaren, was im Falle einer zwingenden Ausgestaltung des Absatzes 3 nicht möglich wäre.

Zu Nummer 3 (§ 641 Abs. 2, 3 BGB)

Zu Absatz 2

Mit den Änderungen in Absatz 2 soll die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Regelung zur sog. Durchgriffsfälligkeit verbessert werden.

Ziel der Regelung ist es zu verhindern, dass Generalübernehmer und Bauträger Gelder von ihren Auftraggebern einnehmen, diese aber nicht an die Handwerker weiterleiten, die die einzelnen Gewerke ausgeführt haben. Dies soll dadurch erreicht werden, dass der Anspruch der Handwerker auch ohne Abnahme fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger von seinem Auftraggeber Zahlungen für das vom Handwerker erbrachte Gewerk erhalten hat. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass die Regelung lückenhaft ist und deshalb das angestrebte Ziel nicht vollständig erreichen kann. Zum einen ist der Fall nicht erfasst, dass im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber zwar keine Zahlung, wohl aber eine Abnahme erfolgt ist oder das Werk als abgenommen gilt. Zum anderen besteht für den Unternehmer die Schwierigkeit, in Erfahrung zu bringen, ob im Verhältnis des Generalübernehmers oder Bauträgers zu seinem Auftraggeber die Vergütung geleistet oder das erbrachte Gewerke abgenommen wurde. Diese Lücken sollen geschlossen werden.

Satz 1 Nr. 1 entspricht der bisherigen Regelung des Absatzes 2 Satz 1.

Nach Satz 1 Nr. 2 wird die Vergütung des Unternehmers auch dann fällig, wenn zwar der Generalübernehmer oder Bauträger keine Zahlungen erhalten hat, dessen Auftraggeber – der Dritte – aber die Werkleistung des Unternehmers abgenommen hat oder diese als abgenommen gilt.

Mit der Regelung in Satz 1 Nr. 3 wird dem Auskunftsbedürfnis des Unternehmers in der Weise Rechnung getragen, dass sein Vergütungsanspruch auch dann fällig wird, wenn der Generalübernehmer oder Bauträger innerhalb einer angemessenen Frist keine Auskunft darüber gegeben hat, ob und gegebenenfalls welche Zahlungen er erhalten hat, ob das Gewerk des Unternehmers abgenommen wurde oder als abgenommen gilt.

Satz 2 entspricht von seiner Funktion dem bisherigen Absatz 2 Satz 2. Mit der Änderung der Formulierung soll allerdings zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht nur die Höhe, sondern auch die Art der Sicherheit derjenigen entsprechen soll, die der Besteller dem Dritten geleistet hat.

Zu Absatz 3

In der derzeit gültigen Fassung ist aus dem Gesetz nicht ablesbar, ob im Fall der – mit dem vorliegenden Entwurf erweiterten – Durchgriffsfälligkeit dem Hauptunternehmer ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Subunternehmer zustehen kann, und zwar auch dann, wenn der Dritte (zunächst) vorbehaltlos abgenommen oder gezahlt hat. In Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Nürnberg, NJW-RR 2003, 1526; Werner/Pastor, a. a. O., Rn. 1338 m. w. N.) ist ein solches Zurückbehaltungsrecht zum Teil bejaht worden, von der Praxis wird eine ausdrückliche Regelung gefordert. Sie erscheint angezeigt. Zunächst kann die Fälligkeit auf Grund der Abnahme oder Zahlung des Dritten keine weiter reichende Wirkung haben als die durch eine förmliche Abnahme ausgelöste Fälligkeit, was schon durch den Begriff „spätestens“ im Gesetzestext deutlich wird. Schon dies ist ein gewichtiges Argument für ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht des Hauptunternehmers. Zu beachten ist auch Folgendes: Die Vertragspflichten des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer können weiter reichend sein, als die des Hauptunternehmers gegenüber dem Dritten, so dass die Leistung in dem zuletzt genannten Verhältnis mängelfrei ist, nicht aber in dem zuerst genannten. Schließlich können, was praktisch häufig der Fall ist, Mängel erst nach Zahlung oder Abnahme durch den Dritten auftauchen. In diesen Fällen dem Hauptunternehmer ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen, ist nicht zu rechtfertigen. Indem in Absatz 3 nunmehr statt auf die Abnahme allgemein auf die Fälligkeit abgestellt wird, ohne zwischen der Fälligkeit nach § 641 Abs. 1 und 2 BGB zu differenzieren, wird dieses hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.

Absatz 3 regelt den Einbehalt. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit der Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruchs ist mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in das geltende Recht aufgenommen worden. Um die Bemessung zu vereinfachen, war bestimmt worden, dass der Einbehalt mindestens das Dreifache der Mangelbeseitigungskosten beträgt.

Die Festlegung eines Druckzuschlags in dieser Höhe ist auf Kritik gestoßen. Wie Expertenanhörungen ergeben haben, ist im Regelfall ein Betrag in Höhe des Zweifachen der Mangelbeseitigungskosten auch für die Masse der gewöhnlichen Bauverträge ausreichend. Das Dreifache hatte sich in der Praxis zum Nachteil des Unternehmers ausgewirkt, der immer mit einem Einbehalt in dieser Höhe konfrontiert war. Der Druckzuschlag wird deshalb in Absatz 3 entsprechend reduziert. Sinnvoll erscheint zudem im Interesse einer möglichst flexiblen Handhabung, nicht einen Mindestbetrag festzuschreiben, sondern das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten als Regelfall vorzusehen. Zwar spricht für den Begriff „mindestens“, dass damit der Besteller (Verbraucher) einen zuverlässigen Anknüpfungspunkt für die Höhe des Druckzuschlags hat; es gibt jedoch Sachverhalte, bei denen auch dieser Einbehalt unangemessen hoch ist (hohe Nachbesserungskosten im Verhältnis zum Wert des Objekts). Auch sind durchaus Sachverhalte denkbar, bei denen, entsprechend der Funktion des einbehaltenen Betrags, um den Unternehmer zur Nachbesserung zu veranlassen, mehr als der zweifache Einbehalt gerechtfertigt ist, dies etwa bei geringen Nachbesserungskosten. All diesen Sachverhalten wird die Annahme einer Regel besser gerecht als die Festsetzung einer Mindestgrenze. Entscheidendes Kriterium ist letztlich die Angemessenheit des Einbehalts.

Zu Nummer 4 (§ 641a BGB)

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. Es leidet an zahlreichen Schwächen. Die Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“, insbesondere die von ihr durchgeführte Praxisanhörung, haben gezeigt, dass die Mängel struktureller Art sind und sich auch nicht durch Verbesserungen im Detail beheben lassen. Ziel des Instituts der Fertigstellungsbescheinigung war es, dem Handwerker über den Urkundenprozess einen schnellen Zahlungstitel für seine berechtigten Forderungen zu verschaffen. Mit Einführung des Instituts der vorläufigen Zahlungsanordnung steht hierfür ein geeigneterer Weg zur Verfügung. Von daher kann auf § 641a BGB verzichtet werden.

Zu Nummer 5 (§ 648a Abs. 1, 5 und 6 BGB)

Durch die Änderungen des § 648a BGB soll die Bauhandwerkersicherung effektiver ausgestaltet werden.

Zu Absatz 1

§ 648a Abs. 1 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 1. Die Vorschrift wird allerdings erweitert. Der Unternehmer ist sowohl vor als auch nach der Abnahme schützenswert, da er auch nach Abnahme im Falle eines Rechtsstreits über Mängel das Risiko der Insolvenz des Bestellers trägt. Aus diesem Grunde räumt Absatz 1 dem Besteller einen Anspruch auf Erteilung einer Sicherheit nicht nur bis zur Abnahme, sondern auch danach ein. Zwar hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 22. Januar 2004 – VII ZR 183/02 – (ZIP 2004, 617) § 648a Abs. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung dahin gehend ausgelegt, dass er dem Unternehmer auch nach der Abnahme das Recht gibt, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages (Mängelbeseitigung) fordert, gleichwohl soll dies im Rahmen der Änderung des § 648a BGB im Gesetzestext klargestellt werden.

Einbezogen werden auch solche Ansprüche, die, wie etwa der Anspruch auf Schadensersatz (statt der Leistung), an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten. Der Anspruch auf Erteilung der Bauhandwerkersicherung besteht auch dann, wenn der Besteller Erfüllung verlangen oder Mängelrechte geltend machen kann. Die Konsequenz, dass der Auftraggeber noch Sicherheit leisten muss, wenn der Auftragnehmer mangelhaft gearbeitet hat oder das Verlangen nach Sicherheit erstmals nach einer Mängelrüge geltend macht, ist bedacht worden, die Regelung wird jedoch im Hinblick auf die Vorleistungspflicht des Unternehmers für sachgerecht und angemessen erachtet. Der Besteller kann allerdings nicht daran gehindert werden, mit möglichen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und so den Vergütungsanspruch, der nach § 648a BGB abgesichert werden soll, zu reduzieren. Dies soll aber keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs haben, es sei denn, der Anspruch, mit dem der Besteller aufrechnet, ist unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Ansonsten wäre der Unternehmer im Streit über die Sicherung gezwungen, sich mit der Berechtigung des zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Bestellers auseinander zu setzen. Das würde dem Zweck der Bauhandwerkersicherung zuwider laufen.

Die Geltendmachung des Anspruchs auf Gewährung einer Bauhandwerkersicherung wird vereinfacht. Bisher musste der Besteller den Anspruch mit der Ankündigung verbinden, bei Nichtbestellung der Sicherheit die (weitere) Leistung zu verweigern. Dieses Junktim zwischen Sicherungsverlangen und Leistungsverweigerung ist nicht zweckmäßig und nach Abnahme als Druckmittel wirkungslos. Vorzuziehen ist es, dem Bauunternehmer die Wahl zu lassen, ob er bei Nichterfüllung des Sicherungsanspruchs klagt oder den Vertrag kündigt. Absatz 1 sieht deshalb einen Anspruch auf Leistung einer Bauhandwerkersicherung vor.

Zu Absatz 5

§ 648a Abs. 5 BGB-E entspricht funktionell dem bisherigen Absatz 5. Die Regelung wird aber technisch neu gestaltet. Der bisherige Absatz 5 nimmt auf die §§ 643 und 645 BGB Bezug, die sich für den Unternehmer vor allem in der Situation nach der Abnahme als nicht praktisch erweisen. Der Unternehmer ist nach bisherigem Recht gezwungen, dem Besteller eine Frist zur Stellung der Sicherheit zu bestimmen. Wurde die Sicherheit nicht fristgerecht erbracht, galt der Vertrag nach § 643 Satz 2 BGB als aufgehoben. Das ist für den Unternehmer vor allem dann ungünstig, wenn er seine Werkleistung erbracht hat und der Besteller Mängel einwendet. Deshalb soll der Unternehmer die Wahl erhalten, ob er die Sicherheit trotz Fristablaufs weiterhin verlangt oder vom Vertrag zurücktritt. Im Falle des Rücktritts soll ihm ein dem § 649 BGB entsprechender Anspruch zustehen, der dem Unternehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung des Ersparten bzw. des durch anderweitigen Einsatz böswillig nicht Erzielten zuspricht. Diese Kündigungsfolgen im Gegensatz zu denen des § 645 BGB, der die Vergütung auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen beschränkt, sind angemessen. Da der Auftraggeber nach der Entwurfsfassung verpflichtet ist, eine Sicherheit zu stellen, ist die Nichtleistung der Sicherheit eine Vertragsverletzung, die daraufhin erfolgende Kündigung der Sache nach nichts anderes als eine außerordentliche Kündigung. Der Auftragnehmer hat daher Anspruch auf Vergütung der nicht erbrachten Leistungen und Ersatz des entstandenen Schadens, somit einen § 649 Satz 2 BGB entsprechenden Anspruch.

Der bisherige Satz 2 soll entfallen, weil er überflüssig geworden ist. Bei seiner Einführung war zu bedenken, dass es eine dem Satz 2 (bisher Satz 3) entsprechende Pauschale in § 649 BGB nicht gab. Dies ließ befürchten, dass der Besteller nicht nach § 648a BGB, sondern nach § 649 BGB kündigt, um der in § 648a BGB geregelten Pauschale zu entgehen. Um dem entgegenzuwirken, war in dem bisherigen Satz 3 eine Regelung des Inhalts vorgesehen, dass eine Kündigung im Zweifel als Kündigung nach § 648a BGB anzusehen war. Diese Regelung ist jetzt entbehrlich. In § 649 BGB-E soll nämlich dieselbe Pauschale eingeführt werden, wie sie in Absatz 5 schon besteht. Damit ist ein Ausweichen in eine Kündigung nach § 649 BGB-E nicht mehr möglich. Die Vermutung ist widerlegbar.

Die Regelung des Absatzes 5 gilt nicht nur, wenn der Vertrag insgesamt gekündigt wird, sondern auch im Falle einer Teilkündigung.

Zu Absatz 6

§ 648a Abs. 6 BGB-E entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Absatz 6. Die Ausnahme für juristische Personen des öffentlichen Rechts ist allerdings an die vergleichbare Regelung in § 651k Abs. 7 BGB angeglichen worden.

Zu Nummer 6 (§ 649 Satz 3 – neu – BGB)

Der Besteller kann einen Werkvertrag jederzeit wegen Leistungsstörungen des Unternehmers kündigen. Nach § 649 BGB kann er den Vertrag aber auch kündigen, wenn eine Leistungsstörung nicht vorliegt und auch kein wichtiger Grund gegeben ist. Diese auf den ersten Blick überraschende Regelung ist deshalb vorgesehen worden, weil Werkleistungen oft mit Eingriffen in das Eigentum des Bestellers verbunden sind. Zum Ausgleich für das Recht, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen, sieht Satz 2 einen Anspruch des Unternehmers auf Ersatz der entgangenen Vergütung vor. Die Rechtsprechung hatte allerdings in der Vergangenheit die Darlegungsanforderungen an diesen Anspruch hinsichtlich des abzusetzenden ersparten Aufwands so hoch angesetzt, dass er praktisch kaum darzustellen war. Hiervon ist die Rechtsprechung teilweise wieder abgerückt. Der Unternehmer hat aber immer noch größte Schwierigkeiten, seinen verbleibenden Vergütungsanspruch durchzusetzen. Eine ver-

gleichbare Schwierigkeit ist bei § 648a Abs. 5 BGB aufgetreten, der das Recht des Bestellers regelt, bei Verweigerung der Sicherungsbürgschaft vom Vertrag zurückzutreten. Mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen hat der Gesetzgeber hier eine Pauschale von 5 Prozent der Vergütung eingeführt, damit der Unternehmer eine feste Kalkulationsgrundlage hat.

Gegen die Einführung einer solchen Pauschale ist bisher eingewandt worden, dass sie zu einer Überforderung des Bestellers führen könnte. Gedacht war an den Fall eines Unternehmers, der seine Werkleistung überhaupt nicht erbringt und damit eine Kündigung des Bestellers provoziert. In einem solchen Fall könnte der Besteller allerdings nach § 634 i. V. m. § 323 Abs. 1 und 2 BGB ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall wäre § 649 BGB gar nicht anwendbar. Deshalb soll mit dem neuen Satz 3 die Pauschale jetzt auch im Fall der Kündigung nach § 649 BGB eingeführt werden. Der Besteller kann den Nachweis höherer Ersparnisse führen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Zu Nummer 1 (Artikel 229 § 12 – neu – EGBGB)

Artikel 229 § 12 – neu – EGBGB-E ist eine Überleitungsvorschrift. Nach Absatz 1 sollen die durch das Forderungssicherungsgesetz geänderten oder neu in das BGB eingefügten Vorschriften nur für Neuverträge gelten.

Für Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes entstanden sind, soll hingegen aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin § 641a BGB gelten, der durch Artikel 1 Nr. 4 aufgehoben wird. Dies regelt Artikel 229 § 12 Abs. 2 – neu – EGBGB-E.

Zu Nummer 2 (Artikel 244 EGBGB)

Die Ergänzung in Artikel 244 folgt daraus, dass auch in § 632a Abs. 3 BGB-E der Umbau nunmehr ausdrücklich aufgeführt ist.

Zu Artikel 3 (Änderung der Zivilprozessordnung)

Zu Nummer 1 (§ 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO)

Im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung sollen Entscheidungen des Gerichts im Verfahren über den Erlass, die Aufhebung oder die Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a unanfechtbar sein (§ 302a Abs. 7 ZPO-E). Um die Erreichung dieses Zwecks nicht zu gefährden, soll durch die vorgeschlagene Änderung des § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Prozesskostenhilfeverfahren, die Verfahren nach § 302a ZPO-E betreffen, die Beschwerde der Partei vollständig ausgeschlossen werden. Sie soll auch dann nicht statthaft sein, wenn das Gericht die beantragte Prozesskostenhilfe ausschließlich unter Hinweis auf die persönlichen oder wirtschaftlichen Voraussetzungen der Partei abgelehnt hat.

Zu Nummer 2 (§ 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a – neu – ZPO)

In der Zeit vom 1. Juli bis zum 31. August eines Jahres sollen Verhandlungstermine in Streitigkeiten, in denen der Erlass, die Aufhebung oder die Änderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung beantragt worden ist, nicht auf bloßen Antrag einer Partei verlegt werden müssen. Dies widerspräche dem mit der Einführung der vorläufigen Zahlungsanordnung verfolgten Regelungszweck. Deshalb werden die Verfahren zur Entscheidung über eine vorläufige Zahlungsanordnung in die Aufzählung der eilbedürftigen Sachen in Absatz 3 Satz 2 aufgenommen.

Zu Nummer 3 (§ 301 Abs. 2, 3 – neu -, 4 – neu – ZPO)

Um dem Teilurteil als Entscheidungsform in der Praxis größere Bedeutung zu verschaffen, sieht der Entwurf die Streichung der ermessensbegründenden Vorschrift des Absatzes 2 vor. Ein Teilurteil hat deshalb künftig bei Vorliegen der Voraussetzungen – an denen sich nichts ändert – in der Regel zu ergehen.

Der Erlass eines Teilurteils kann nur noch in zwei Ausnahmefällen unterbleiben, in denen zweifelhaft ist, ob der Erlass eines Teilurteils einen Effizienzgewinn brächte – so, wenn der entscheidungsreife Teil im Verhältnis zum weiter im Streit bleibenden restlichen Gegenstand des Rechtsstreits geringfügig ist oder wenn abzusehen ist, dass auch dieser alsbald entscheidungsreif ist. Mit „geringfügig“ ist hier das Gleiche gemeint wie in § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Maßgeblicher Zeitpunkt für die anzustellende Prognose ist der Zeitpunkt, zu dem der Erlass eines Teilurteils frühestens möglich wäre. In diesen Fällen erscheint es angemessen, den Erlass eines Teilurteils wie bisher in das Ermessen des Gerichts zu stellen.

Nach dem neu einzufügenden Absatz 3 Satz 1 sollen die Parteien den Erlass eines Teilurteils beantragen und somit erreichen können, dass das Gericht sich mit dieser Frage befassen muss. Im Falle der Zurückweisung des Antrags entscheidet das Gericht durch kurz zu begründenden, nicht anfechtbaren Beschluss, in dem es darzulegen hat, weswegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht vorliegen. Absatz 3 Satz 3 stellt klar, dass Rechtsmittel ausgeschlossen sind, die darauf gestützt werden, das Gericht habe eine Entscheidung durch Teilurteil prozessordnungswidrig unterlassen.

Absatz 4 – neu – fixiert schließlich die auch schon nach derzeitiger Rechtslage (vgl. OLG Karlsruhe, OLGR 2003, S. 145, 146; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 301 Rn. 12 f.) bestehende Pflicht des Gerichts, den Rechtsstreit im Hinblick auf den durch das Teilurteil nicht entschiedenen Teil zu fördern. Die Förderung hat im Rahmen des prozessual Möglichen zu erfolgen. Das Gericht darf die Fortsetzung des Rechtsstreits insbesondere nicht mit der Begründung ablehnen, dass die Akten sich beim Rechtsmittelgericht befinden. Gegebenenfalls sind Zweitakten anzulegen. Unberührt bleibt die Regelung des § 254 ZPO. Unberührt bleibt auch die bisherige Rechtsprechung zum „Hochziehen“ des restlichen Streitgegenstandes durch das Berufungsgericht (vgl. hierzu etwa Zöller/Vollkommer, ZPO, a. a. O.).

Zu Nummer 4 (§ 302 Abs. 1, 2a – neu – ZPO)

Ebenso wie beim Teilurteil sieht der Entwurf vor, dass auch der Erlass des Vorbehaltsurteils bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zum Regelfall wird. Unterbleiben kann ein Vorbehaltsurteil nur noch, wenn damit ein Effizienzgewinn nicht verbunden wäre und dem Kläger daher ein Abwarten der Entscheidungsreife der Aufrechnungsforde-

rung zugemutet werden kann. Dies kommt durch die Neuformulierung des Absatzes 1 zum Ausdruck.

Der neu einzufügende Absatz 2a sieht vor, dass der Kläger, der allein ein Interesse am Erlass eines Vorbehaltsurteils haben wird, dies beantragen kann. Die Regelung verfolgt dasselbe Ziel wie die Änderung zu § 301 Abs. 3 – neu – ZPO-E. Die dortigen Ausführungen gelten entsprechend.

Zu Nummer 5 (§ 302a – neu – ZPO)

Zu Absatz 1

Absatz 1 regelt die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung. Ihr Anwendungsbereich umfasst alle Zahlungsansprüche einschließlich etwaiger Nebenforderungen, soweit nicht – wie etwa bei Unterhaltsansprüchen (§ 644 ZPO) – Sonderregelungen eingreifen. Die gegenständliche Beschränkung auf Geldforderungen folgt aus der Zwecksetzung der vorläufigen Zahlungsanordnung: Sie soll bestimmten Belastungen entgegenwirken (insbesondere Liquiditätsschwierigkeiten, Insolvenzrisiko), von denen typischerweise Zahlungsgläubiger betroffen sind. Die Beschränkung auf Geldforderungen vermeidet zudem Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung vorläufiger Sachleistungen.

Das Verfahren zum Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung findet ausschließlich im Rahmen eines anhängigen Hauptsacheverfahrens statt. Die systematische Stellung der Vorschrift macht deutlich, dass für dieses Verfahren vorbehaltlich abweichender Regelungen die allgemeinen Vorschriften gelten. Die vorläufige Zahlungsanordnung unterliegt der Dispositionsmaxime; der Kläger hat seinen Antrag allgemeinen Grundsätzen entsprechend zu beziffern. Eine vorläufige Zahlungsanordnung ist demnach auch im Rahmen einer Widerklage statthaft.

Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann über den gesamten oder nur über einen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs ergehen. Auch hinsichtlich des von ihr verfolgten Rechtsschutzziels ist sie daher streng akzessorisch zum Hauptsacheverfahren; ein gerichtlicher Entscheidungsspielraum, wie er etwa im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 938 ZPO eröffnet ist, besteht nicht. Soll die vorläufige Zahlungsanordnung nur einen Teilbetrag des erhobenen Anspruchs umfassen, so ist sie im Gegensatz zum Teilurteil nicht an abgrenzbare Teile des Streitgegenstandes gebunden. Außerdem muss sie – da stets nur von vorläufiger Geltung – auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit zu Schlussentscheidung und Entscheidung in der Rechtsmittelinstanz (vgl. BGH, NJW 1996, 1478; 2000, 958, jeweils m. w. N.) keine Rücksicht nehmen. Eine vorläufige Zahlungsanordnung wird daher auch in Betracht kommen, wenn sich das Gericht aus prozessualen Gründen am Erlass eines Teilurteils gehindert sieht. Dem Gericht wird damit eine weitest mögliche Entscheidungsflexibilität im Einzelfall eröffnet.

Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann grundsätzlich nicht nur in der ersten, sondern auch in höherer Instanz ergehen (vgl. die §§ 525 und 555 ZPO). Dort wird allerdings ein Rechtsschutzbedürfnis nur anzuerkennen sein, soweit nicht bereits ein für den Kläger vorläufig vollstreckbarer Titel vorliegt.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung sind in zwei Stufen zu prüfen: Stellt das Gericht der Klage nach vorläufiger Würdigung des Sach- und Streitstandes eine positive Erfolgsprognose (Nummer 1), so tritt es anschließend in eine umfassende Abwägung der Interessen der Parteien ein, die neben dem objektiven „Erfolgsmoment“ vor allem das „Zeitmoment“ der weiteren Verfahrensdauer einzubeziehen hat (Nummer 2). Charakteristisch für die vorläufige Zahlungsanordnung ist somit, dass die hohen Erfolgsaussichten einer Klage zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für eine vorläufige Titulierung darstellen. Hinzu kommen muss vielmehr ein besonderer Nachteil für den Kläger, der sich in dieser Prozesssituation aus einem weiteren Aufschub der Endentscheidung ergibt. Eine vorläufige Zahlungsanordnung ist danach gerechtfertigt, wenn dem Kläger bei hoher Erfolgswahrscheinlichkeit seiner Klage ein weiteres Zuwarten auf die Titulierung angesichts möglicher Verzögerungsfolgen auch bei Berücksichtigung berechtigter Belange des Beklagten nicht mehr zuzumuten ist.

a) Nach Nummer 1 ist erste Voraussetzung, dass die Klage nach dem bis dahin erreichten Sach- und Streitstand, der insbesondere den bisherigen Vortrag der Parteien und die bisherigen Beweisergebnisse einschließt, nach Einschätzung des Gerichts hohe Aussicht auf Erfolg hat. Das soll der Fall sein, wenn das Gericht sich zu den einschlägigen tatsächlichen Fragen zwar noch keine dem Beweismaß des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO genügende Überzeugung gebildet hat, aber auf der Grundlage eines fundierten Zwischenergebnisses bereits eine Prognose über den Verfahrensausgang treffen kann. Dieser Prognose hat das Gericht seine Einschätzung zur Entscheidungserheblichkeit dieser Fragen, zum Maß der verbleibenden Unklarheit und gegebenenfalls zum Beweiswert noch nicht ausgeschöpfter Beweisangebote zu Grunde zu legen. In diesem Sinne liegt eine „hohe Aussicht auf Erfolg“ vor, wenn die Klage nach der geschilderten prognostischen Würdigung Erfolg haben wird.

   Anders als im einstweiligen Rechtsschutz nach den §§ 916 ff. ZPO orientiert sich das Verfahren der vorläufigen Zahlungsanordnung am Überzeugungsmaßstab des § 286 ZPO; damit ist insbesondere eine Beweisführung durch eidesstattliche Versicherung ausgeschlossen. Soweit die zu treffende Würdigung beweisantizipatorische Elemente aufweist, rechtfertigt sich dies durch den prognostischen Charakter der Entscheidung.

   Eine hohe Erfolgsaussicht der Klage kommt danach beispielsweise in folgenden Fallgestaltungen in Betracht:

   – „Qualifiziertes“ Privatgutachten

     Ein Privatgutachten, mit dem der Kläger seinen Sachvortrag substantiiert und dem der Beklagte seinerseits substantiierte Einwendungen entgegensetzt, kann grundsätzlich noch keine tragfähige Prognosebasis für das spätere Beweisergebnis bilden. Anderes kann aber ausnahmsweise gelten, wenn es sich um ein „qualifiziertes“ Privatgutachten, also um eine Stellungnahme handelt, der nach Einschätzung des Gerichts eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zukommt. Diese kann beispielsweise darauf beruhen, dass sich die Parteien auf den begutachtenden Sachverständigen geeinigt haben oder dass das Privatgutachten auf der Grundlage eines Ortstermins gefertigt wurde und sich auch mit den dort vorgebrachten Einwendungen des Beklagten ausein-

andersetzt. Auch die anerkannte Fachkompetenz der begutachtenden Person (etwa eines renommierten Wissenschaftlers) oder Stelle (z. B. Gutachterkommissionen bestimmter Berufsverbände) können auf die herausgehobene Qualität eines Privatgutachtens hindeuten.

– Gerichtliches Sachverständigengutachten

Auch wenn ein gerichtliches Sachverständigengutachten bereits vorliegt, kann es an der Entscheidungsreife fehlen, sei es, weil das Gutachten nach Ansicht des Gerichts noch der schriftlichen oder mündlichen Ergänzung bedarf, sei es, weil sich – möglicherweise erst auf Grund des Gutachtens – die Notwendigkeit der Zuziehung weiterer Sachverständiger ergeben hat. Dennoch wird das Gutachten in solchen Fällen häufig schon ein substanzielles Zwischenergebnis liefern, auch wenn der Abschluss des Verfahrens noch nicht absehbar ist. Auch in diesen Fällen soll der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung ermöglicht werden.

– Zweifelhafter Gegenbeweis

Allein die Tatsache, dass der Kläger den ihm obliegenden Hauptbeweis geführt hat, wird bei entsprechendem Gegenbeweisantritt des Beklagten regelmäßig noch keine fundierte Prognose des Beweisergebnisses zulassen. Etwas anderes kann aber in Fällen gelten, in denen begründete Zweifel an der Substanzhaltigkeit des Gegenbeweises bestehen. Dies kommt nicht selten beim Zeugenbeweis vor, etwa wenn die Beziehungen eines Zeugen zu einer Partei, die Umstände seiner Benennung oder seine Ferne zum Beweisthema schon auf der Grundlage der Angaben des Beweisführers auf die Unergiebigkeit seiner Einvernahme hindeuten. Eine vorläufige Zahlungsanordnung kann darüber hinaus gerechtfertigt sein, falls die Erhebung eines Gegenbeweises zwar prozessual unumgänglich ist, die Beschaffung des Gegenbeweismittels aber einen in Ansehung seines möglichen Beweiswertes außergewöhnlichen oder gar unverhältnismäßigen Aufwand verursacht. Das mag zum Beispiel bei Auslandszeugen oder bei der Erwirkung einer Urkundsvorlage durch Dritte der Fall sein.

b) Bejaht das Gericht die hohe Erfolgsaussicht der Klage, so ist nach Nummer 2 eine umfassende Abwägung der Interessen des Klägers und des Beklagten vorzunehmen. Für die Abwägung nach Satz 1 ist zum einen die Einschätzung des Gerichts zum „Erfolgsmoment“ nach Nummer 1 maßgeblich. Zum anderen hat das Gericht eine prognostische Entscheidung zum „Zeitmoment“ zu treffen, also die voraussichtlich verbleibende Verfahrensdauer abzuschätzen.

Der Kläger hat darzulegen, welche nachteiligen Folgen die voraussichtliche weitere Verfahrensdauer für ihn hätte und inwiefern eine vorläufige Titulierung seines Zahlungsanspruchs geeignet wäre, diese Folgen abzuwenden. Das Erfordernis der „besonderen Nachteile“ soll verdeutlichen, dass der Kläger im Einzelfall konkret vorzutragen hat, welche nachteiligen Folgen die noch zu erwartende Verfahrensdauer für ihn haben wird. Auf der anderen Seite sind Belange des Beklagten, die in die Abwägung einfließen sollen, von diesem darzulegen.

Für die Darlegung besonderer Nachteile des Klägers kann allein der Verweis auf die Verfahrensdauer noch nicht ausreichen, weil die Parteien im Rahmen eines ordnungsgemäßen Prozessverlaufs grundsätzlich auch eine längere Verfahrensdauer hinzunehmen haben. Wenn der Kläger eine vorläufige Zahlungsanordnung ohne das volle Beweismaß des § 286 ZPO erlangen will, muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein sachlicher Grund hierfür gegeben ist. Dazu muss der Kläger konkret dartun, welche Auswirkungen die Verzögerung für ihn hätte. Insoweit kann er beispielsweise auf einen durch die Verzögerung entstehenden Liquiditätsausfall oder auf das Risiko einer Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit des Beklagten verweisen. So wird ein klagender Unternehmer je nach der Eigenart seines Betriebes (insbesondere Auftragsstruktur, Personal- oder Materialkosten) oder nach seiner Betriebsgröße Außenstände besser oder schlechter verkraften können. Von großer Bedeutung für den Kläger kann ferner die Höhe der eingeklagten Forderung sein, die gegebenenfalls in Relation zu Größe und Umsatz seines Unternehmens zu sehen ist. Bei relativ unbedeutenden Beträgen wird ein längeres Zuwarten regelmäßig noch keinen besonderen Nachteil begründen, sofern der Zeitpunkt der Endentscheidung nicht völlig unabsehbar ist. Hat die rasche Durchsetzung der Forderung dagegen existenzielle wirtschaftliche Bedeutung für den Kläger, so kann schon eine verhältnismäßig kurze Verzögerung der Titulierung einen besonderen Nachteil darstellen, der den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung rechtfertigt.

Da eine Interessenabwägung zwischen den Parteien vorzunehmen ist, können sich aber auch Umstände auf Seiten des Beklagten entscheidend auf die Anforderungen, die im Einzelfall an die „besonderen Nachteile“ zu stellen sind, auswirken. Bedeutsam kann in diesem Zusammenhang etwa werden, dass der Kläger in besonderem Maß auf eine Forderung angewiesen ist, die für den Beklagten nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen problemlos zu erfüllen wäre. In einem solchen Fall werden an das Gewicht der klägerischen Interessen geringere Anforderungen zu stellen sein als dann, wenn die vorläufige Zahlung den Beklagten seinerseits in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten brächte.

Schließlich wird bei der Beurteilung der konkreten Auswirkungen der Verfahrensverzögerung auch das bisherige Prozessverhalten der Parteien zu berücksichtigen sein. So können sich aus dem bisherigen Verhalten des Beklagten tatsächliche Umstände ergeben, die den Schluss nahe legen, dass seine Einwendungen keine Zahlungsverzögerung oder Zahlungsverweigerung rechtfertigen. Im Bauprozess betrifft dies z. B. den Fall vorgeschobener Mängeleinwendungen.

Demgegenüber bedarf es hier – anders als in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. ZPO – nicht der Darlegung einer klägerischen Notlage, wie sie namentlich bei der richterrechtlich entwickelten Leistungsverfügung vorausgesetzt wird. Aber auch von den Anforderungen des Anordnungsgrundes nach § 940 ZPO hebt sich die vorläufige Zahlungsanordnung wesentlich ab. Da sie ihrer Funktion nach ins Hauptsacheverfah-

ren eingebunden ist, kann das Gericht hier auf sämtliche Verfahrensergebnisse der Hauptsache zurückgreifen; das rechtliche Gehör des Prozessgegners ist gewahrt. Vorläufige Zahlungsanordnungen beruhen deshalb nicht nur auf einer breiteren Erkenntnisgrundlage; diese ist auf Grund der Anforderungen an die richterlichen Prognoseentscheidungen – insbesondere im Bereich der Erfolgsaussichten – auch besser abgesichert als in Verfahren, in denen generell die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) genügt.

Eine Sondersituation entsteht in den Fällen, in denen das Gericht zwar eine dem § 286 ZPO entsprechende Überzeugung bereits gewonnen hat, sich aber gleichwohl aus prozessualen Gründen am Erlass eines Endurteils gehindert sieht, etwa weil die besonderen Voraussetzungen eines Teilurteils (abgrenzbarer Teil des Streitgegenstandes, Widerspruchsfreiheit) nicht gegeben sind. Die Interessenabwägung nach Nummer 2 wird hier zu Gunsten des Klägers ausfallen, weil ein zu dem „Erfolgsmoment“ hinzutretendes „Zeitmoment“ entbehrlich wird, soweit die Schwelle des § 286 ZPO erreicht ist. Der Beklagte kann in diesen Fällen regelmäßig keine schutzwürdigen Belange mehr vorweisen. Dann aber darf dem Kläger zumindest die vorläufige Titulierung seines Anspruchs nicht länger vorenthalten werden.

Soweit die Beibringungslast der Parteien im Hinblick auf die Interessenabwägung reicht, soll im Sinne einer möglichst umfassenden Berücksichtigung der Interessenlage und der Vermeidung weiterer Beweiserhebungen das Beweismaß der Glaubhaftmachung genügen (Satz 2). Die uneingeschränkte Geltung des Strengbeweiserfordernisses für alle Beweisfragen des Hauptsacheverfahrens bleibt hiervon unberührt.

Zu Absatz 2

Nach Absatz 2 kann eine vorläufige Zahlungsanordnung nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen werden. Anders als in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. ZPO ist diese Voraussetzung unverzichtbar. Sie erscheint nicht nur deshalb wesentlich, weil es in der Sache um eine mindestens partielle Vorwegnahme der Hauptsachentscheidung geht. Das Erfordernis mündlicher Verhandlung sorgt auch dafür, dass der Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung nicht vor einem bestimmten Verfahrenszeitpunkt möglich ist, und sichert einer solchen Entscheidung damit ein Mindestmaß an Erkenntnisgrundlagen. Die Anberaumung eines gesonderten Verhandlungstermins ist allerdings nur erforderlich, soweit über den Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung nicht bereits im Rahmen der Hauptsache mündlich verhandelt worden ist.

Für die Zurückweisung eines Antrags auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung verbleibt es bei dem Grundsatz des § 128 Abs. 4 ZPO.

Zu Absatz 3

Die vorläufige Zahlungsanordnung soll dem Kläger einen Vollstreckungstitel bereits vor Erlass der Endentscheidung verschaffen. Daher werden die Vorschriften der §§ 708 ff. ZPO für anwendbar erklärt. Obwohl die vorläufige Zahlungsanordnung nach Absatz 7 unanfechtbar ist und damit die Voraussetzungen des § 713 ZPO seinem Wortlaut nach erfüllt, stellt sie doch keine endgültige Regelung dar. Der Ausschluss einer Abwendungsbefugnis des Schuldners nach § 713 ZPO wäre deshalb nicht zu rechtfertigen. Der Zahlungspflicht auf Grund einer vorläufigen Zahlungsanordnung wird der Schuldner gleichwohl nicht durch einen Schutzantrag nach § 712 ZPO entgehen können, wenn die Interessenabwägung nach § 712 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu seinen Lasten ausgeht. In den Fällen, in denen eine vorläufige Zahlungsanordnung erlassen wird, dürfte das überwiegende Interesse des Gläubigers eine Vollstreckungsabwendung regelmäßig hindern.

Zu Absatz 4

Ändern sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die dem Erlass einer vorläufigen Anordnung zu Grunde lagen, in wesentlichem Maße, so soll deren Aufhebung oder Änderung möglich sein. In Entsprechung zu dem Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung gilt auch hier das Antragserfordernis. Eine Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse kann etwa auf Grund des Ergebnisses einer weiteren Beweisaufnahme oder durch die Vorlage neuer Unterlagen durch eine Partei eintreten, wodurch die Erfolgsaussichten des der vorläufigen Zahlungsanordnung zu Grunde liegenden Klageanspruchs in einem neuen Licht erscheinen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass von einmal getroffenen Prognoseentscheidungen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes abgewichen werden kann. Das bedeutet insbesondere, dass allein der seit der Erstentscheidung verstrichene Zeitraum auf eine erneute Prognose der voraussichtlichen Verfahrensdauer keinen Einfluss haben kann.

Nur wesentliche Änderungen der Verhältnisse begründen ein Rechtsschutzinteresse an einer Abänderung oder Aufhebung der vorläufigen Zahlungsanordnung. Würde jede Veränderung einen Anpassungsanspruch auslösen, so hätte das Prozessgericht ständig Folgeanträge zu gewärtigen, was eine unvertretbare Mehrbelastung der Justiz bedeuten würde. Wann eine Änderung „wesentlich“ im Sinne dieser Vorschrift ist, lässt sich nicht schematisch beantworten. Als Anhaltspunkt mag die auch im Rahmen von § 120 Abs. 4 und § 323 ZPO gelegentlich herangezogene „10-Prozent-Schwelle“ dienen: Eine Anpassung ist danach veranlasst, sobald die Änderung der Verhältnisse zu einem um mehr als 10 Prozent vom Ursprungsbetrag abweichenden Ergebnis führt.

Aus Absatz 2 folgt, dass die Entscheidung über eine Änderung der vorläufigen Zahlungsanordnung nur dann eine mündliche Verhandlung zwingend voraussetzt, wenn das Gericht die vorläufige Titulierung ausweiten möchte. Für einschränkende oder aufhebende Entscheidungen gilt dagegen der Ermessensgrundsatz des § 128 Abs. 4 ZPO.

Zu Absatz 5

Satz 1 stellt klar, dass die Kosten des Verfahrens auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung Kosten des Hauptsacheverfahrens sind. Dieser Bestimmung kommt nur deklaratorische Bedeutung zu, weil das Verfahren auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung – wie seine systematische Stellung im Zweiten Buch der ZPO zeigt – kein eigenständiges Verfahren darstellt, sondern Teil des Hauptsacheverfahrens ist.

Aus dem Wortlaut des § 96 ZPO ist allerdings nicht ohne weiteres ersichtlich, ob Kosten, die durch einen abgelehnten Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung verursacht wurden, dieser Vorschrift unterfallen. Da der Rechts-

gedanke des § 96 ZPO auch auf diesen Fall passt, ordnet Satz 2 seine entsprechende Anwendung an.

Zu Absatz 6

Satz 1 legt fest, dass eine vorläufige Zahlungsanordnung – sofern sie nicht bereits nach Absatz 4 aufgehoben wird – höchstens für die Dauer der laufenden Instanz Bestand hat. Sie tritt – unabhängig vom Ergebnis – mit dem Erlass einer Endentscheidung (Endurteil einschließlich Vorbehaltsurteil, vgl. § 302 Abs. 2a – neu – ZPO-E), die sich auf ihren Regelungsgegenstand bezieht, ebenso außer Kraft wie mit einer diesbezüglichen Klagerücknahme oder anderweitigen Regelung (etwa Vergleich oder übereinstimmende Erledigungserklärung).

Wurden auf Grund der vorläufigen Zahlungsanordnung Vollstreckungsmaßnahmen getroffen und hat der Kläger hieraus Rechte erworben, so sollen ihm diese erhalten bleiben, soweit die Endentscheidung mit der nunmehr hinfälligen vorläufigen Zahlungsanordnung übereinstimmt. Im Gegensatz zu Satz 1 kommt es insoweit im Interesse der Wahrung klägerischer Rechte nicht auf die inhaltliche, sondern nur auf die betragsmäßige Kongruenz von vorläufiger Zahlungsanordnung und Endentscheidung an. Satz 2 ordnet insoweit den Fortbestand der einschlägigen Vollstreckungsmaßnahmen an. In allen anderen Fällen – also auch bei einer abweichenden Beurteilung des Rechtsstreits in der Rechtsmittelinstanz – gehen vorläufig in der Zwangsvollstreckung erworbene Rechte des Klägers dagegen verloren.

Im Interesse der Rechtsklarheit hat das Gericht die Wirkungen nach den Sätzen 1 und 2 durch Beschluss (Absatz 7) deklaratorisch festzustellen.

Zu Absatz 7

Absatz 7 schreibt für alle Entscheidungen nach § 302a ZPO-E die Beschlussform vor und erklärt diese Beschlüsse für unanfechtbar. Eine Anfechtbarkeit könnte – wie die Prozesspraxis des Teilurteils zeigt – den Fortgang des Hauptsacheverfahrens verzögern und wäre somit kontraproduktiv. Eine Unanfechtbarkeit erscheint auch unter Berücksichtigung der Interessen des Beklagten hinnehmbar, weil diesem grundsätzlich Sicherheit zu leisten ist und außerdem die Möglichkeit eines Vollstreckungsschutzantrags nach § 712 ZPO eröffnet ist.

Beschlüsse nach § 302a ZPO-E sind kurz zu begründen. Eine Begründung wäre zwar in Anbetracht der Unanfechtbarkeit und der fehlenden materiellen Rechtskraftwirkung der Entscheidung nicht zwingend geboten. Eine kurze Mitteilung der entscheidungserheblichen Erwägungen des Gerichts ist aber geeignet, den Parteien Klarheit über die derzeitige Rechts- und Tatsachenbewertung des Gerichts zu verschaffen. Das versetzt sie in die Lage, ihren weiteren Sachvortrag auf den noch offenen Teil des Streitgegenstandes zu konzentrieren; es kann zudem ihre Einigungsbereitschaft hinsichtlich der vorläufig geregelten Prozessteile fördern. In Anlehnung an § 321a Abs. 4 Satz 4 ZPO soll allerdings – zumal bei ablehnenden Entscheidungen – eine „kurze“ Begründung ausreichen, um den mit dem Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung entstehenden Mehraufwand für die Gerichte auf das Unumgängliche zu beschränken.

Zu Absatz 8

Der Kläger, der aus einer vorläufigen Zahlungsanordnung vollstreckt, übernimmt das Risiko einer von der vorläufigen Titulierung abweichenden Endentscheidung. Soweit die instanzabschließende Entscheidung eine ergangene vorläufige Zahlungsanordnung betragsmäßig nicht abdeckt, hat der Kläger dem Beklagten für die Schadensfolgen unberechtigter Vollstreckungsmaßnahmen – § 302 Abs. 4 Satz 3, § 717 Abs. 2 und § 945 ZPO vergleichbar – verschuldensunabhängig einzustehen. Diese Ersatzpflicht dürfte auch geeignet sein, den Kläger von einer Titulierung unberechtigter Forderungen abzuhalten.

Der Schadensersatzanspruch nach Absatz 8 entsteht bereits mit Eintritt der dem Beklagten nachteiligen Vollstreckungsfolgen, steht jedoch unter der aufschiebenden Bedingung fehlender betragsmäßiger Deckung durch die instanzabschließende Entscheidung. Maßgeblich muss hier – wie bei Absatz 6 Satz 2 (Aufrechterhaltung von Vollstreckungsmaßnahmen) – ein rein betragsmäßiger Vergleich der vorläufigen Zahlungsanordnung mit dem instanzabschließenden Verfahrensergebnis sein. Steht dem Kläger danach ein Anspruch zu, jedoch aus einem anderen Grund als bei Erlass der vorläufigen Zahlungsanordnung angenommen, so darf dies nicht zu seiner Haftung führen.

Entsprechend § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann der Beklagte einen Anspruch schon im laufenden Verfahren (etwa im Wege der Widerklage) geltend machen, was eine zeitnähere Entscheidung ermöglicht und ein Folgeverfahren über diesen Anspruch entbehrlich macht.

Zu Nummer 6 (§ 756 Abs. 1a – neu – ZPO)

Nach Absatz 1a soll künftig die Bescheinigung eines Gutachters, dass die vom Gläubiger Zug um Zug zu bewirkende Nacherfüllung erbracht und der Schuldner dadurch befriedigt ist, einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde (Absatz 1) gleichstehen. Dabei beschränkt sich die Regelung nicht auf die Nacherfüllung im Rahmen von Werkverträgen, sondern bezieht auch die Nacherfüllung im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse, insbesondere bei Kaufverträgen (§ 439 BGB), ein. Sobald die Bescheinigung dem Schuldner zugestellt ist (Absatz 1 a. E.), kann die Zwangsvollstreckung beginnen.

Satz 2 regelt, wer Gutachter sein kann. Dessen Nummer 1 sieht dabei vor, dass die Verständigung der Parteien – in Anlehnung an § 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO – nach Entstehen der Streitigkeit zu Stande gekommen ist und zu ihrer Wirksamkeit aus Gründen der Rechtssicherheit der Schriftform bedarf.

Nach Satz 3 muss der Gutachter – gegebenenfalls in Anwesenheit der Parteien – mindestens einen Besichtigungstermin abhalten.

Satz 4 regelt, dass der Schuldner die Untersuchung des Vertragsgegenstands gestatten muss. Verweigert er sie, gilt nach Satz 5 die Nacherfüllung als erfolgt, und die Bescheinigung ist zu erteilen. In diesem Falle hat die Bescheinigung nach Satz 6 die Feststellung zu enthalten, dass wegen der Weigerung des Schuldners eine Untersuchung des Werks oder von Teilen desselben nicht möglich war. Damit wird gegenüber redlichen Dritten hinreichend dokumentiert, dass das Werk vom Gutachter nicht untersucht werden konnte. Ein schützenswertes Vertrauen, das eine etwaige Gutachterhaftung

gegenüber Dritten begründen könnte, kann auf diese Art und Weise nicht entstehen.

Zu Nummer 7 (§ 765 Satz 2 – neu – ZPO)

Auch im Rahmen der Anordnung einer Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht gemäß § 765 ZPO soll künftig der Beweis der Befriedigung des Schuldners nicht nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, sondern auch durch die Bescheinigung eines Sachverständigen möglich sein. Der neue Satz 2 verweist daher auf § 756 Abs. 1a ZPO.

Hinsichtlich der Zustellung der Bescheinigung gelten die allgemeinen Vorschriften von Satz 1 Nr. 1.

Zu Artikel 4 (§ 29 – neu – EGZPO)

Das neue Rechtsinstrument der vorläufigen Zahlungsanordnung gemäß § 302a ZPO des Gesetzentwurfs stellt für das deutsche Prozessrecht eine einschneidende Neuerung dar. Die Vorschrift sollte daher auf fünf Jahre befristet werden, um während dieser Zeit ihre Praxistauglichkeit überprüfen zu können. Sollte sich ergeben, dass die Vorschrift in der gerichtlichen Praxis mehr Arbeit verursacht, als sie den Gläubigern Nutzen bringt, sollte die Vorschrift mit Ablauf der vorgeschlagenen Frist kraft Gesetzes unanwendbar werden, ohne dass es hierzu eines Gesetzgebungsaktes bedürfte. Vielmehr wäre der Gesetzgeber bei einer positiven Bewertung – wie auch bei anderen gesetzlichen Neuregelungen (vgl. etwa §§ 52a, 137k UrhG) – aufgerufen, durch einen bewussten Akt der Gesetzgebung die Anwendbarkeit der Vorschrift zu verlängern oder deren Befristung aufzuheben.

Soweit sich das neue Rechtsinstrument nicht bewähren sollte, sollte zu einem späteren Zeitpunkt das Gesetz durch Aufhebung des § 302a ZPO bereinigt werden. Dies gilt auch für die Folgeänderungen in § 127 Abs. 2 Satz 2, § 227 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1a ZPO, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GKG nebst Nr. 1430 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1), § 16 Nr. 6, § 17 Nr. 4 Buchstabe b, § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RVG nebst Nr. 3338 und 3339 des Vergütungsverzeichnisses (Anlage 1), deren Fortbestand über den 31. Dezember 2009 hinaus aber unschädlich ist, weil die genannten Vorschriften im Falle einer Unanwendbarkeit des § 302a ZPO gegenstandslos würden.

Zu Artikel 5 (Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen)

Das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen bleibt in der Praxis weit gehend unbeachtet. Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen deshalb die Regelungen dieses Gesetzes modernisiert, verbessert und insgesamt praktikabler gestaltet werden.

Zu Nummer 1

Im Zuge der Änderung werden ein Kurztitel und die Abkürzung „BauFG“ als amtliche Abkürzung eingeführt.

Zu Nummer 2

Zu Absatz 1

Die Definition des Baugeldgläubigers in Satz 1 soll entsprechend der bisherigen gesetzlichen Regelung beibehalten werden. Der Begriff des Liefervertrags wird der Terminologie des BGB angepasst und durch den Begriff des Kaufvertrags ersetzt. Satz 3 stellt klar, dass Baubetreuer, die nach der bisherigen Regelung bereits Baugeldempfänger waren, auch künftig der Baugeldverwendungspflicht unterliegen.

Zu Absatz 3

Die derzeitige Regelung, nach der beim Bauherrn nur grundpfandrechtlich gesicherte Gelder als Baugeld gelten, da Baugeld insoweit nach objektiven Kriterien abgrenzbar sein muss, wird beibehalten. Auf das Erfordernis, dass die grundpfandrechtliche Sicherung an dem Baugrundstück bestellt ist, soll nicht verzichtet werden. Sinn und Zweck der Baugeldsicherung ist die Sicherung der Bauhandwerker, deren Bauhandwerkersicherungshypothek wegen der grundpfandrechtlichen Sicherung anderer Kreditgeber nachrangig ist und deshalb im Insolvenzfall wertlos werden könnte. Dies gilt bei der Sicherung an anderen als den zu bebauenden Grundstücken nicht.

Nach der zweiten Alternative in Ziffer 1 entsteht Baugeld weiterhin, wenn die Eigentumsübertragung am Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baus erfolgen soll. Damit ist der seltene Fall erfasst, dass der Darlehensgeber gleichzeitig der Grundstücksverkäufer ist. Der Grund der Regelung liegt darin, dass der Baugeldgläubiger mit seinen Leistungen den Wert des Grundstücks erhöht, ohne auf das Grundstück Zugriff nehmen zu können.

In Ziffer 2 wird der Baugeldbegriff erweitert und konkreter an der Neufassung des § 641 BGB ausgerichtet. Es sind alle Gelder erfasst, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, auch Eigenmittel.

Absatz 3 Satz 2 erläutert näher, welches die Beträge sind, die zum Zwecke der Kosten eines Baus gewährt werden, und stellt insbesondere klar, dass auch Abschlagszahlungen darunter fallen.

Zu Absatz 4

Im Falle der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld steht dem Baugeldgläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zu, da § 1 Abs. 1 BauFG-E ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt. Um diesen Anspruch realisieren zu können, müsste er entsprechend den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln die Eigenschaft des Geldes als Baugeld und dessen zweckwidrige Verwendung dartun. Ohne Einsicht in die Buchführungsunterlagen wird dieses in vielen Fällen nur schwerlich möglich sein. Zu § 2 BauFG a. F., der mit vorliegendem Gesetzentwurf aufgehoben wird, hat die Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass bei fehlerhafter oder unterlassener Führung eines Baubuchs die Beweislast umgekehrt und vermutet wird, dass Baugeld zweckwidrig verwendet wurde. Diese Beweislastverteilung soll beibehalten und auch auf die Eigenschaft als Baugeld ausgeweitet werden. Dementsprechend wird in Absatz 4 eine entsprechende Beweislastregel aufgestellt.

Zu Nummer 3

§ 2 BauFG a. F. wird aufgehoben. Der mit der Führung des Baubuchs verbundene Dokumentationsaufwand hat dazu geführt, dass das Baubuch in der Praxis keine Bedeutung erlangt hat. Das Führen eines Baubuchs erscheint auch in der heutigen Zeit nicht mehr erforderlich, da die in § 2 BauFG

a. F. genannten Daten im Rahmen eines geordneten Geschäftsbetriebs ohnehin erfasst werden und mit moderner Bürotechnik leicht abrufbar sind. Im Hinblick darauf soll die Pflicht zum Führen eines Baubuchs nicht beibehalten werden. Die erwünschte Durchgriffshaftung der handelnden Organe juristischer Personen bei der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1 BauFG-E. Das teilweise vorgebrachte Argument, eine Streichung von § 2 sei im Hinblick auf die Bedeutung der darauf Bezug nehmenden Strafvorschrift des § 6 nicht angezeigt, weil diese Regelung in der staatsanwaltlichen Rechtspraxis eine erhebliche beweisrechtliche Bedeutung hat (vgl. Lemme, WiStra 1998, 41 ff.), überzeugt nicht. Allein die Praktikabilität strafrechtlicher Verfolgung rechtfertigt es nicht, überholte Dokumentationspflichten aufrechtzuerhalten. Als Folge der Aufhebung von § 2 werden auch § 3 und § 6 aufgehoben.

Zu Nummer 4

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Aufhebung der §§ 3 und 6.

Zu Artikel 6 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Das Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung erfordert eine intensive Befassung des Gerichts mit der Sach- und Rechtslage, die allerdings zu einer Arbeitsersparnis im Hauptsacheverfahren führen kann. Zur Abgeltung des gerichtlichen Aufwands und zur Vermeidung missbräuchlicher Anträge wird für Verfahren über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung sowie über den Antrag auf deren Abänderung oder Aufhebung die Erhebung je einer vollen Gebühr erhoben (Nummer 1430 des Kostenverzeichnisses), die nicht auf die Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens angerechnet wird. Dem vorläufigen Charakter des Verfahrens wird auch durch die Änderung des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GKG Rechnung getragen, wonach der Streitwert der Verfahren nach § 302a ZPO-E vom Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (§ 3 ZPO). Um eine Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden, wird die gerichtliche Tätigkeit nicht von der vorherigen Gebührenzahlung abhängig gemacht.

Zu Artikel 7 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes)

Zu den Nummern 1, 2 und 3 (§ 16 Nr. 6, § 17 Nr. 4 Buchstabe b, § 48 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 RVG)

Durch diese Änderungen wird klargestellt, dass – in Anlehnung an die gebührenrechtliche Behandlung der Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes – das Verfahren in der Hauptsache und das Verfahren über einen Antrag auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung gebührenrechtlich verschiedene Angelegenheiten sind, jedoch das Verfahren über jeden dieser Anträge in einem Rechtszug gebührenrechtlich eine Einheit bildet.

Zu Nummer 4 (VV Nr. 3338 – neu – und 3339 – neu – RVG)

Die anwaltliche Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Erlass, der Aufhebung oder der Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung verursacht – wie beim Gericht – einen besonderen Aufwand (Antragstellung, Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage, Darlegung der jeweiligen Parteiinteressen, Terminswahrnehmung), der eigens abgegolten werden soll. Er ist jedoch deutlich geringer als der Bearbeitungsaufwand für das eigentliche Hauptsacheverfahren. Die Verfahrens- und die Terminsgebühr betragen deshalb jeweils lediglich eine halbe Gebühr. Die Terminsgebühr fällt nur an, wenn über einen Antrag auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung einer vorläufigen Zahlungsanordnung gesondert, also nicht zusammen mit der Hauptsache, verhandelt wird.

In Verfahren über den Antrag auf Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung vor dem Berufungsgericht sollen Gebühren in gleicher Höhe wie für Verfahren in erster Instanz entstehen.

Zu Artikel 8

Zu Nummer 1 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)

Zu Buchstabe a

Der neue § 632a Abs. 2 und 3 BGB-E (vgl. Artikel 1 Nr. 1) erfasst auch Verträge, die den „Umbau“ eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben. Da die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen auf Artikel 244 EGBGB fußt, auf den wiederum § 632a Abs. 2 Bezug nimmt, ist es erforderlich, auch den Anwendungsbereich des § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen auf Verträge auszuweiten, die den „Umbau“ eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand haben. Durch Buchstabe a wird die erforderliche Anpassung vorgenommen.

Nach § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen können bei einem Bauträgervertrag keine Sicherheiten verlangt werden, die über die in den §§ 3 und 7 der Makler- und Bauträgerverordnung vorgesehenen Sicherheiten hinausgehen. Diese Regelung ist zu streichen und durch eine Verweisung auf den neuen § 632a Abs. 3 BGB-E zu ersetzen, der eine über die Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung hinausgehende Sicherheitsleistung vorsieht.

Zu Buchstabe b

Die Bestimmung des § 632a Abs. 3 BGB-E gilt auf Grund der Überleitungsvorschrift zu diesem Gesetz (vgl. Artikel 2) nur für Schuldverhältnisse, die nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind. Dementsprechend muss auf Schuldverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden sind, der bisherige § 1 Satz 3 der Verordnung über Abschlagszahlungen anwendbar bleiben. Dies wird durch die Übergangsregelung gewährleistet.

Zu Nummer 2 (§ 10 Abs. 6 MABV)

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu Artikel 5.

Zu Artikel 9 (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG)

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe wegen bestimmter nach dem StGB, dem GmbH-Gesetz und dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen strafbarer Handlungen wird auf die Ausführungen zu Artikel 11 (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E) verwiesen.

Zu den Ausschlussgründen sollen nunmehr außerdem auch die im Aktiengesetz enthaltenen Straftatbestände der Mitteilung falscher Angaben gemäß § 399 AktG, der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 AktG und der vorsätzlichen Pflichtverletzung bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit gemäß § 401 Abs. 1 AktG gehören. Im Hinblick auf den Aufgabenbereich und die Tragweite der Tätigkeit muss das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft uneingeschränkt zuverlässig sein.

Einer Schadensersatzregelung entsprechend § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG-E bedarf es im Falle der Aktiengesellschaft nicht, da die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG durch den Aufsichtsrat bestellt werden und die Aufsichtsratsmitglieder der Gesellschaft für eine Pflichtverletzung bereits nach den §§ 116 und 93 Abs. 2 AktG haften.

Zu Artikel 10 (§ 26e – neu – EGAktG)

Um dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, bestimmt § 26e EGAktG-E, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG aufgenommen und vor Inkrafttreten des Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren – zum Verlust der Befähigung führen sollen, Mitglied des Vorstandes einer Aktiengesellschaft zu sein. Verurteilungen nach dem bisherigen § 6 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) brauchten in § 26e EGAktG-E nicht aufgenommen zu werden, da § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG-E nur Verurteilungen nach dem neuen § 2 BauFG erfasst. Dadurch wird aus Vertrauensschutzgesichtspunkten sichergestellt, dass eine Person, die Baugeld veruntreut hat, nur dann von der Funktion eines Vorstandsmitglieds ausgeschlossen ist, wenn sie nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig wegen der genannten Straftat verurteilt worden ist.

Zu Artikel 11 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Zu Nummer 1 (Gesetzesüberschrift)

Im Zuge der Änderung wird die Abkürzung „GmbHG“ als amtliche Abkürzung eingeführt.

Zu Nummer 2 (§ 6 Abs. 2 GmbHG)

Zu Buchstabe a

Die bisherigen Ausschlusstatbestände in Satz 3 werden um Verurteilungen wegen der Straftatbestände des Betrugs gemäß § 263 StGB, des Computerbetrugs gemäß § 263a StGB, des Subventionsbetrugs gemäß § 264 StGB, des Kapitalanlagebetrugs gemäß § 264a StGB, des Kreditbetrugs gemäß § 265b StGB, der Untreue gemäß § 266 StGB, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB und die Strafvorschrift des § 2 BauFG-E erweitert. Die Erweiterung erstreckt sich auf zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts. Der Betrug wird in allen seinen Formen erfasst, ebenso der Straftatbestand der Untreue, um sowohl die vertretene Gesellschaft als auch ihre Vertragspartner vor Wiederholungstaten und damit Vermögensschäden zu bewahren. Dies gilt auch für die Erstreckung der Ausschlussgründe auf den Straftatbestand der Untreue.

Ebenso bedeutsam und im Interesse der Arbeitnehmer der Gesellschaft ist die Einstellung des Straftatbestands des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB in den Katalog der Ausschlussgründe. Diese Straftat wird häufig im Vorfeld der Insolvenz begangen. Auch die Aufnahme der Strafvorschrift wegen Zuwiderhandlung gegen die Baugeldverwendungspflicht aus dem BauFG in diesen Katalog ist angemessen, da das Interesse der Baugeldgläubiger an der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld gleich gewichtig ist.

Hinsichtlich der zusätzlichen Ausschlussgründe nach den §§ 399 bis 401 Abs. 1 AktG wird auf die Ausführungen zu Artikel 9 (§ 76 Abs. 3 AktG-E) verwiesen.

In die Ausschlussgründe einbezogen werden auch Verurteilungen nach den §§ 82 und 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Wer als Gesellschafter oder Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft, der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals oder in öffentlichen Mitteilungen vorsätzlich falsche Angaben macht (§ 82 GmbHG) oder eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG begeht, ist für eine Geschäftsführertätigkeit nicht geeignet. Im Hinblick auf die Eingriffsintensität werden zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit fahrlässige Handlungen nach § 84 Abs. 2 GmbHG nicht als Ausschlussgrund erfasst. Des Weiteren ist hinsichtlich der allgemeinen Vermögensdelikte (§§ 263 bis 264a, 265b bis 266a Abs. 1 und 2 und § 266 StGB) als Erheblichkeitsschwelle eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorgesehen.

Zu Buchstabe b

Um zu verhindern, dass die Regelungen über den Ausschluss von der Funktion des Geschäftsführers einer GmbH durch die Einschaltung eines Strohmannes umgangen werden, wird ein neuer Satz 5 angefügt, der einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter normiert. Die gesamthänderische Haftung ist § 43 Abs. 2 GmbHG nachgebildet. Nach dieser Vorschrift haften Geschäftsführer der Gesellschaft solidarisch bei Verletzung ihrer Obliegenheiten nach § 43 Abs. 1 GmbHG für den daraus der Gesellschaft entstehenden Schaden. Diese Haftung wird auf die Gesellschafter für den Fall ausgedehnt, dass sie vorsätzlich oder grob fahrlässig eine Person, die die für eine Geschäftsführerstellung nach den Sätzen 3 und 4 erforderlichen Zuverlässigkeitskriterien nicht erfüllt, zum Geschäftsführer bestellen, nicht abberufen oder ihr faktisch die Führung der Geschäfte überlassen und diese Person die ihr nach § 43 Abs. 1 GmbHG obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt.

Von der Regelung einer Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (sog. Durchgriffshaftung) wurde dagegen abgesehen, da Gesellschafter, die eine unzuverlässige Person als Gesellschafter bestellen, nicht die

Rechtsform der juristischen Person missbrauchen, sondern nur wie diese für deren Handlungen einstehen sollen.

Zu Artikel 12 (Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes)

Durch die Änderungen der §§ 46 und 64 ArbGG soll die Anwendung der Bestimmungen über die vorläufige Zahlungsanordnung (§ 302a ZPO-E) in Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen ausgeschlossen werden, da dort ein Bedürfnis für das neue Rechtsinstitut nicht besteht.

Zu Artikel 13 (Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch)

Zu Nummer 1 (§ 64 Abs. 1 Satz 2 – neu – SGB X)

Hinsichtlich der Auskunft aus den Registern der Straßenverkehrsbehörden (§ 39 Abs. 3 Satz 2 StVG) besteht bereits eine Gebührenvorschrift in den Nummern 141 und 226 des Gebührentarifs für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebTSt) als Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr (GebOSt) vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, 1298).

Hinsichtlich der Auskunft durch die Sozialbehörden gemäß § 68a SGB X-E bestünde ohne besondere Regelung Gebührenfreiheit, vgl. § 64 Abs. 1 SGB X. Für die Gebührenfreiheit der Entscheidung über eine Auskunft gemäß § 68a SGB X-E gibt es keine Rechtfertigung, da der Empfänger keine Sozialleistungen empfängt oder begehrt. Daher ist – entsprechend der Rechtslage bei Auskünften durch Meldebehörden oder Straßenverkehrsbehörden – eine Gebühr zu entrichten. Die Höhe orientiert sich an § 1 Abs. 1 Satz 2 der Gebührenordnung für Maßnahmen im Straßenverkehr vom 26. Juni 1970 (BGBl. I S. 865, ber. S. 1298) i. V. m. Nummer 226 GebTSt, zuletzt geändert durch VO vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1090).

Zu Nummer 2 (§ 68a – neu – SGB X)

Durch den neu einzufügenden § 68a SGB X-E soll dem Gläubiger eine weitere Möglichkeit an die Hand gegeben werden, den Aufenthaltsort des Schuldners zu ermitteln.

Die Regelung des Absatzes 1 lehnt sich dabei an die Vorschrift des § 68 SGB X an, wobei § 68a SGB X-E jedoch eine Mindestanspruchshöhe von 3 000 Euro vorsieht. Voraussetzung für die Erteilung einer Auskunft ist, dass vorher alle anderen Auskunftsmöglichkeiten, insbesondere ein Ersuchen bei den Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG), ausgeschöpft wurden.

Absatz 2 gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, zur Wahrung schutzwürdiger Interessen eine Übermittlungssperre zu veranlassen. Hierfür wird auf die Regelung des § 41 Abs. 2 StVG verwiesen. Ein Verweis auf die Regelung des § 41 Abs. 3 StVG ist unterblieben, weil kaum Fälle denkbar sind, in denen ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung trotz Übermittlungssperre besteht.

Zu Artikel 14 (Änderung des Straßenverkehrsgesetzes)

Nach § 39 Abs. 3 Satz 1 StVG dürfen Halterdaten übermittelt werden, wenn die Daten zur Geltendmachung, Sicherung oder Vollstreckung von nicht mit der Teilnahme am Straßenverkehr in Zusammenhang stehenden öffentlich-rechtlichen Ansprüchen oder von gemäß § 7 des Unterhaltsvorschussgesetzes oder § 91 BSHG übergegangenen Ansprüchen benötigt werden. Der neu anzufügende Absatz 4 erweitert die Auskunftsmöglichkeit auf privatrechtliche Titel gemäß § 704 Abs. 1, § 794 Abs. 1, § 801 ZPO. Entsprechendes gilt gemäß § 15a Abs. 6 Satz 2 EGZPO für die dort genannten Titel. Anders als bei den genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüchen soll eine Auskunftserteilung aber nur möglich sein, soweit dies zur Vollstreckung eines bereits ergangenen Titels notwendig ist. Dem Titel muss ein Anspruch im Wert von mindestens 3 000 Euro zu Grunde liegen. Es kann sich um Geldforderungen, aber auch um andere geldwerte Ansprüche – etwa um Herausgabeansprüche – handeln. Im Übrigen gelten die Voraussetzungen des Satzes 1 entsprechend.

Durch den Verweis auf Absatz 3 Satz 1 wird klargestellt, dass das Auskunftsersuchen nur dann an die Zulassungsstelle bzw. das Kraftfahrt-Bundesamt gerichtet werden darf, wenn alle anderen Erkenntnismittel – etwa ein Ersuchen an die Meldebehörden (vgl. § 21 Abs. 1 MRRG) – erschöpft sind.

Auf Antrag des Schuldners ist eine Übermittlungssperre gemäß § 41 Abs. 2 StVG anzuordnen, wenn durch die Übermittlung der Daten seine schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt würden.

Zu Artikel 15 (Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang)

Artikel 15 stellt sicher, dass der Verordnungsgeber auch den gesetzesrangigen Teil der in Artikel 8 geänderten Rechtsverordnungen auf Grund der einschlägigen Verordnungsermächtigung ändern kann.

Zu Artikel 16 (Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Absatz 1 bestimmt, dass Verurteilungen wegen Straftaten, die neu in den Straftatenkatalog des § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG aufgenommen und vor Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtskräftig geworden sind, nicht – für die Dauer von fünf Jahren – zum Verlust der Befähigung führen sollen, Geschäftsführer einer GmbH zu sein. Damit wird dem Gebot des Vertrauensschutzes Rechnung getragen, indem an rechtskräftige Verurteilungen keine neuen, vom Angeklagten zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils nicht absehbaren Rechtsfolgen geknüpft werden.

Dasselbe gilt sinngemäß für die Neuregelung in § 6 Abs. 2 Satz 5 GmbHG-E. Damit sich die Gesellschafter einer GmbH auf die veränderte Rechtslage einstellen können, bestimmt Absatz 2, dass die Neuregelung nur auf Obliegenheitsverletzungen anzuwenden ist, die ein Geschäftsführer nach Inkrafttreten dieses Gesetzes begeht.

Verurteilungen nach dem bisherigen § 6 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BauFG) brauchten in Artikel 16 Abs. 1 nicht aufgenommen zu werden, da § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG-E nur Verurteilungen nach dem neuen § 2 BauFG erfasst. Dadurch wird aus Vertrauensschutzgesichtspunkten sichergestellt, dass eine Person, die Baugeld veruntreut hat, nur dann von der Funktion eines GmbH-Geschäfts-

führers ausgeschlossen ist, wenn sie nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes rechtskräftig wegen der genannten Straftat verurteilt worden ist.

Zu Artikel 17 (Inkrafttreten)

Die Bestimmung regelt das Inkrafttreten.

Anlage 2

Stellungnahme der Bundesregierung

Die Bundesregierung nimmt zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates wie folgt Stellung:

I. Allgemeiner Teil

Der Bundesrat hatte bereits in der 14. und 15. Legislaturperiode Entwürfe für ein Forderungssicherungsgesetz (Bundestagsdrucksachen 14/9848 und 15/3594) eingebracht. Der letzte Entwurf beruht im Wesentlichen auf den Arbeiten der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ und entspricht der jetzt vorgeschlagenen Fassung.

Die Bundesregierung teilt weiterhin die Einschätzung des Bundesrates, dass vor allem handwerkliche Betriebe oft allein dadurch in Schwierigkeiten geraten können, dass ihre Auftraggeber fällige Zahlungen nicht rechtzeitig erbringen oder unter Berufung auf angebliche Mängel versuchen, Zahlungen ganz oder teilweise zu vermeiden. Sie ist aber der Auffassung, dass die Schwierigkeiten handwerklicher Betriebe im Kern nicht auf die Unzulänglichkeit der zivilrechtlichen Vorschriften zurückzuführen sind. Die Schwierigkeiten sind vielmehr darin begründet, dass in der täglichen Praxis von den zur Verfügung stehenden gesetzlichen Mitteln aus wirtschaftlichen Gründen nicht in dem Umfang Gebrauch gemacht wird, wie es sich später als zweckmäßig erweist. Auch legen die Beteiligten oft nicht hinreichenden Wert auf genaue vertragliche Absprachen, was zum überwiegenden Teil ebenfalls wirtschaftliche Gründe hat. Wenngleich die geschilderten Schwierigkeiten deshalb oftmals nicht auf der Unzulänglichkeit der zivilrechtlichen Vorschriften beruhen, ist jede Möglichkeit einer Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen zu nutzen.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, dass in wichtigen Teilbereichen des Werkvertragsrechts technische Verbesserungen möglich sind, und unterstützt in den wesentlichen Bereichen die von ihr erarbeiteten Ergebnisse. Durch die vom Bundesrat beschlossene Übernahme dieser Vorschläge wurde der ursprüngliche Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes deutlich verbessert. Die Bundesregierung wird im Folgenden noch einige Änderungen und Ergänzungen vorschlagen, die zum Teil auf Anregungen aus den Berichterstattergesprächen der vergangenen Legislaturperiode, teilweise auf sonstigen Entwicklungen beruhen.

Da sich die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ bei der Überarbeitung des Gesetzentwurfs eines Forderungssicherungsgesetzes bewährt hat, unterstützt die Bundesregierung schließlich auch in dieser Legislaturperiode die bereits in der vergangenen Legislaturperiode begonnene Befassung dieser Arbeitsgruppe mit dem Zweck einer weitergehenden Überprüfung des Bauvertragsrechts, die entsprechend dem Koalitionsvertrag auch Verbraucherschutzgesichtspunkte berücksichtigen wird.

II. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Zu Nummer 1 (Änderung von § 204)

Bei dieser Änderung handelt es sich um eine sachgerechte Folgeänderung zu der Streichung des § 641a.

Zu Nummer 2 (Änderung von § 632a)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag, der in der nunmehr vorliegenden Fassung auf den Ergebnissen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur „Verbesserung der Zahlungsmoral“ beruht, zu. Er hilft, die finanzielle Situation von Handwerkern durch die Erleichterung von Abschlagszahlungen zu verbessern, berücksichtigt andererseits aber auch die Position der Verbraucher durch die Einführung einer Sicherheitsleistung für Erfüllungsansprüche im Falle eines privaten Hausbaus.

Im Rahmen der anstehenden generellen Überprüfung werden die Aufstockung der vorgeschlagenen Erfüllungssicherheit, die Notwendigkeit einer obligatorischen Sicherheitsleistung für Gewährleistungsansprüche sowie die Einführung eines Ratenzahlungsplans für Abschlagszahlungen nach dem Vorbild der Makler- und Bauträgerverordnung in das BGB für Bauverträge von Verbrauchern geprüft werden.

Zu Nummer 3 (Änderung von § 641)

Die Bundesregierung hält die Absenkung des Druckzuschlags von dem Dreifachen auf das Zweifache für sachgerecht. Sie weist aber darauf hin, dass in § 641 Abs. 3 BGB das Wort „Abnahme“ durch das Wort „Fälligkeit“ zu ersetzen ist. Es handelt sich hierbei um die Berichtigung eines Redaktionsversehens des Bundesratsentwurfs. Wie in dem Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral“ vorgeschlagen, soll gerade nicht auf die Abnahme, sondern auf die ggf. gemäß § 641 BGB auch ohne Abnahme eintretende Fälligkeit abgestellt werden.

Zu Nummer 4 (Aufhebung des § 641a)

Mit der auf die Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zurückgehenden Einführung einer „vorläufigen Zahlungsanordnung“ in die Zivilprozessordnung ist ein deutlich effektiveres Instrumentarium geschaffen worden, das geeignet erscheint, insbesondere Handwerkern in Zukunft in kürzerer Zeit einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Aus diesem Grund besteht kein Bedürfnis mehr, die in § 641a geregelte Fertigstellungsbescheinigung beizubehalten.

Zu Nummer 5 (Änderung von § 648a)

Die Änderung erscheint sachgerecht. Insbesondere ist die durch die Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgenommene Angleichung der Kündigungsregelung des Unternehmers in § 648a Abs. 5 an diejenige des Bestellers in § 649 aus syste-

matischen Gründen zu begrüßen. Allerdings wurde in der vergangenen Legislaturperiode Kritik an der Formulierung des § 648a Abs. 1 BGB in der Fassung des Bundesratsentwurfs erhoben. Die Bundesregierung schlägt daher zur sprachlichen Vereinfachung vor, Absatz 1 in mehrere Sätze aufzuteilen. Es soll dabei sprachlich herausgestellt werden, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung für den Unternehmer auch nach Abnahme besteht. Zu inhaltlichen Veränderungen führt dies nicht. In § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB soll deutlicher gemacht werden, dass sich die Vermutungsregelung von 5 Prozent nicht auf die gesamte Vergütung, sondern lediglich auf den Teil bezieht, für den der Unternehmer bei Kündigung des Vertrags noch keine Werkleistung erbracht hatte.

Die Bundesregierung schlägt daher vor, die Absätze 1 und 5 wie folgt zu fassen:

„(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 vom Hundert des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung (…).

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Kündigt er den Vertrag, ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterlässt. Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen."

Zu Nummer 6 (Änderung von § 649)

Die Änderung in Form einer Angleichung des § 649 an § 648a Abs. 5 erscheint sachgerecht. Entsprechend dem Änderungsvorschlag der Bundesregierung zu § 648a Abs. 5 Satz 2 sollte der dem § 649 BGB anzufügende Satz jedoch lauten:

„Es wird vermutet, dass danach dem Unternehmer 5 vom Hundert der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen."

Zu Artikel 2 (Änderung des EGBGB)

Die Änderung erscheint sachgerecht.

Zu Artikel 3 (Änderung der Zivilprozessordnung)

Zu den Nummern 1 bis 4 (Änderungen der §§ 127, 227, 301, 302)

Die Änderungen, die auf Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zurückgehen, erscheinen sachgerecht.

Zu Nummer 5 (Einfügung von § 302a)

Die Bundesregierung begrüßt den Vorschlag, der Ergebnis der Beratungen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist. Das neue Rechtsinstitut der vorläufigen Zahlungsanordnung ist geeignet, eine Rechtsschutzlücke zu schließen, die insbesondere in Verfahren besteht, die regelmäßig eine sachverständige Begutachtung bestimmter Beweisfragen erfordern. Dies betrifft nicht allein Streitigkeiten aus Werkverträgen, sondern in gleicher Weise auch Verfahren, die Schadensersatz- und Schmerzensgeldforderungen zum Gegenstand haben.

Missbräuchlichen Anträgen wird bereits durch die Erhebung einer speziellen Gerichtsgebühr für das Verfahren über Erlass, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung begegnet (vgl. Artikel 6). Der Mehraufwand innerhalb der Justiz wird sich schon aus diesem Grund in Grenzen halten und zudem durch erhöhte Einnahmen ausgeglichen werden. Ob darüber hinaus eine Einschränkung der Zulässigkeit der vorläufigen Zahlungsanordnung durch eine betragsmäßige Begrenzung angezeigt sein kann, mag im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens geprüft werden.

Zu Nummer 6 (Änderung von § 756)

Die Bundesregierung lehnt diese Änderung ab. Nachdem § 641a BGB aufgehoben werden soll, weil er sich in der Praxis nicht bewährt habe, erscheint es nicht sinnvoll, eine ähnliche Regelung im Vollstreckungsrecht vorzusehen. Die vorgeschlagenen Regelungen fügen sich wegen ihrer Überlänge auch nicht in das Achte Buch der Zivilprozessordnung ein.

Zu Nummer 7 (Änderung von § 765)

Auf die Ausführungen zu Nummer 6 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 4 (Änderung der EGZPO)

Die Bundesregierung hält den Vorschlag für sachgerecht, die Geltungsdauer der Vorschrift über die vorläufige Zahlungsanordnung zu befristen. Aufgrund der seit dem Gesetzentwurf des Bundesrates vom 14. Juli 2004 (Bundestagsdrucksache 15/3594) verstrichenen Zeit wird vorgeschlagen, eine Befristung bis zum 31. Dezember 2011 vorzusehen. Die Bundesregierung hält es darüber hinaus für angezeigt, die Auswirkungen dieser Vorschrift durch Rechtstatsachenforschung zu evaluieren und dies im Gesetz anzuordnen.

Zu Artikel 5 (Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen)

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates und der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Verbesserung der Zahlungsmoral", – entgegen dem ursprünglichen Vorschlag für ein Forderungssicherungsgesetz – aus Gründen der Systematik das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren. Sie hält eine umfassende Überprüfung der Regelungen zur Verwendung von Baugeld ebenfalls für angezeigt, sieht aber, dass diese wegen ihrer sehr tiefgreifenden Auswirkungen auf das bisherige System der Baufinanzierung weiterer intensiver und zeitaufwändiger Prüfungen bedarf. Aus diesem Grund spielt das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen auch bei der Überprüfung des Bauvertragsrechts durch eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eine wichtige Rolle. Es er-

scheint daher sinnvoll, das Ergebnis dieser Beratungen abzuwarten, um zu einer umfassenden Lösung zu gelangen. Gegebenenfalls in kurzer Zeit wieder zu revidierende Teillösungen sollten vermieden werden. Die Bundesregierung schlägt daher vor, die Änderungen des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen aus dem Forderungssicherungsgesetz zu streichen.

Zu Artikel 6 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Die Einleitungsformel muss wie folgt lauten:

„Das Gerichtskostengesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:“.

Der Einleitungssatz zu Nummer 1 muss wie folgt lauten:

„§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 wird wie folgt gefasst:“

Die Bundesregierung hält nach wie vor einen Gebührensatz von 0,5 für angemessen und ausreichend, weil die gerichtliche Tätigkeit im Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung auch nach Auffassung des Bundesrates regelmäßig zu einer spürbaren Arbeitsersparnis im Hauptsacheverfahren führen dürfte.

Der Änderungsbefehl in Nummer 2 Buchstabe b bedarf aber ebenfalls redaktionell der Korrektur. Die Abschnittsüberschrift muss in die Anführungszeichen einbezogen werden und nicht der neue Abschnitt 3 erhält eine Gebührennummer, sondern die Gebühr. Auch der Gebührensatz ist der Gebühr und nicht dem Abschnitt zuzuordnen. Ferner sollten die Formatvorgaben des Kostenverzeichnisses beachtet werden. Der Änderungsbefehl müsste daher wie folgt lauten:

„b) Nach Nummer 1425 wird folgender Abschnitt 3 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebühr oder Satz der Gebühr nach § 34 GKG
‚Abschnitt 3 Vorläufige Zahlungsanordnung		
1430	Verfahren im Allgemeinen .... Im Verfahren über den Antrag auf Erlass einer vorläufigen Zahlungsanordnung und im Verfahren über den Antrag auf deren Aufhebung oder Abänderung wird die Gebühr jeweils gesondert erhoben.	0,5‘“.

Zu Artikel 7 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes)

Die Einleitungsformel muss wie folgt lauten:

„Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004 (BGBl. I S. 718, 788), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:“.

Der Einleitungssatz zu Nummer 1 muss wie folgt lauten:

„§ 16 Nr. 6 wird wie folgt gefasst:“

Die Bundesregierung kann den Änderungen (Nummer 4) nicht zustimmen, soweit der Entwurf für das Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung abweichend von den sonstigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes niedrigere Gebühren vorschlägt. In allen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erhält der Rechtsanwalt grundsätzlich die Gebühren nach Teil 3 Abschnitt 1 des Vergütungsverzeichnisses zum RVG. Es sind keine sachlichen Gründe erkennbar, die eine andere Regelung für das Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung rechtfertigen würden. Auch wenn es zutreffen mag, dass der Arbeitsaufwand für das Verfahren über die vorläufige Zahlungsanordnung weniger Aufwand verursacht, so gilt dies in gleicher Weise insbesondere für die Anordnung der sofortigen Vollziehung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Hier wie auch in dem neu zu regelnden Verfahren wird diesem Umstand durch den in diesen Verfahren regelmäßig deutlich niedrigeren Streitwert Rechnung getragen. Er wird regelmäßig nur mit einem Bruchteil des Hauptsachestreitwerts angenommen.

Es bedarf daher im RVG keines besonderen Gebührentatbestands, jedoch bedarf es einer Regelung für den Fall, dass der Antrag erstmals im Berufungsverfahren gestellt wird, weil ansonsten unklar wäre, ob die Gebühren nach Teil 3 Abschnitt 1 oder 2 entstehen würden. Es wird daher als Nummer 4 folgender Änderungsbefehl vorgeschlagen:

„4. Vorbemerkung 3.2 Abs. 2 des Vergütungsverzeichnisses (Anlage 1) wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 werden nach den Wörtern ‚Arrestes oder’ die Wörter ‚im Verfahren über einen Antrag auf Erlass’ eingefügt.

b) In Satz 2 werden nach den Wörtern ‚Dies gilt entsprechend‘ die Wörter ‚im Verfahren über einen Antrag auf Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer vorläufigen Zahlungsanordnung nach § 302a ZPO sowie‘ eingefügt.“

Zu Artikel 8 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen und der Makler- und Bauträgerverordnung)

Zu Nummer 1 (Änderung der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen)

Die Änderung erscheint sachgerecht.

Zu Nummer 2 (Änderung der Makler- und Bauträgerverordnung)

Diese Änderung sollte gestrichen werden. Sie ist eine Folgeänderung zu den Änderungen in Artikel 5, die von der Bundesregierung derzeitig abgelehnt werden. Auf die Ausführungen zu Artikel 5 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 9 (Änderung des Aktiengesetzes)

Die Bundesregierung schlägt vor, diese Regelung zu streichen. Sie bereitet gegenwärtig ein gesellschaftsrechtliches Gesetzgebungsvorhaben zur Modernisierung der Kapitalaufbringung, Bekämpfung von Missbräuchen und zur Förderung der Rechtssicherheit im GmbH-Recht vor, das auf einen Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister der Bundesländer aus ihrer Herbstkonferenz vom 14. November 2002 zurückgeht. Es erscheint sinnvoll, die geplante Ausweitung der Fälle der Inhabilität im sachlich richtigen Rahmen dieses geplanten Gesetzgebungsvorhabens zum GmbH-Recht zu regeln. Andernfalls bestünde die Gefahr,

dass die Regelungen des Forderungssicherungsgesetzes in kurzem Zeitabstand erneut modifiziert werden müssten.

Zu Artikel 10 (Änderung des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz)

Auf die Ausführungen zu Artikel 9 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 11 (Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Auf die Ausführungen zu Artikel 9 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 12 (Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes)

Die Änderungen, die die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift über die vorläufige Zahlungsanordnung im arbeitsgerichtlichen Verfahren anordnen, erscheinen sachgerecht.

Zu Artikel 13 (Änderung des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch)

Die Bundesregierung hält ihre auf Bundestagsdrucksache 15/3594 zu Artikel 13 dargelegten Bedenken aufrecht und lehnt die Regelung daher ab. Diese zielt auf eine Optimierung von Auskunftsansprüchen für Gläubiger in der Zwangsvollstreckung, mit der sich derzeitig die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zwangsvollstreckungsrechts / des Zwangsvollstreckungsverfahrens“ beschäftigt. Es erscheint angebracht, dass diese Arbeitsgruppe sich auch mit der in Frage stehenden Regelung befasst, wobei den von der Bundesregierung auf Bundestagsdrucksache 15/3594 geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen ist.

Zu Artikel 14 (Änderung des Straßenverkehrsgesetzes)

Auf die Ausführungen zu Artikel 13 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 15 (Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang)

Hierzu sind keine Bemerkungen angezeigt.

Zu Artikel 16 (Überleitungsvorschrift zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Auf die Ausführungen zu Artikel 9 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 17 (Inkrafttreten)

Die Regelung erscheint sachgerecht.

III. Ergänzungsvorschläge der Bundesregierung

Im Zusammenhang mit dem Regelungsbereich des Forderungssicherungsgesetzes hält die Bundesregierung noch weitere Ergänzungen für sachgerecht. Sie schlägt vor, die Privilegierung des Teils B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Verbraucherverträge aufzuheben und andererseits für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand gesetzlich festzuschreiben. In Verbraucherverträgen sollen danach zukünftig die einzelnen Klauseln der VOB/B einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht unterliegen, im Geschäftsverkehr hingegen soll – wie bisher, aber nunmehr klarer geregelt – nur die VOB/B insgesamt hinsichtlich ihrer Ausgewogenheit dieser Angemessenheitskontrolle unterzogen werden.

Die Privilegierung der VOB/B für den Bereich der Verbraucherverträge wird in der Literatur zunehmend problematisiert. So wird teilweise deren Vereinbarkeit mit der Europäischen Klauselrichtlinie (Richtlinie des Rates 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 S. 29) bezweifelt. Auch wird die Ausgewogenheit der VOB/B, die der Grund für die Privilegierung der VOB/B durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist, in Frage gestellt, da die Verbraucher an der Erarbeitung der VOB/B nicht beteiligt und deshalb ihre Interessen nicht adäquat geschützt seien.

Durch die Festschreibung der verbleibenden Privilegierung für den Geschäftsverkehr andererseits erhalten die Unternehmer auch Planungssicherheit, nachdem der BGH durch Entscheidungen vom 22. Januar und 15. April 2004 die Privilegierung der VOB/B nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausdrücklich offen gelassen hat. Damit würde schließlich der Kritik, die gegenwärtigen Regelungen in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 Buchstabe f Doppelbuchstabe bb BGB verdeutlichten die gewollte Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen AGB nur unzureichend, Rechnung getragen.

Die Bundesregierung schlägt daher folgende Ergänzungen in Artikel 1 vor:

1a. In § 308 Nr. 5 wird der Satzteil nach dem Wort „hinzuweisen;“ gestrichen.

1b. In § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff wird der Satzteil nach dem Wort „wird;“ gestrichen.

1c. Dem § 310 Abs. 1 wird folgender Satz 3 angefügt:

„In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“

Die Begründung im Einzelnen:

Zu den Nummern 1a und 1b

In § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff BGB ist geregelt, dass die jeweils betroffenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen über fingierte Erklärungen bzw. die Erleichterung der Verjährung nicht unwirksam sind, wenn in die Verträge die VOB/B insgesamt einbezogen ist. Mit diesen Regelungen, die inhaltlich auf § 23 Abs. 2 Nr. 5 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) zurückgehen, sollte dem Rechtsanwender die Zuordnung erleichtert werden. Zugleich sollte der Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B als Gan-

zes Rechnung getragen werden, die das Eingreifen der im damaligen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG zugunsten der VOB/B geregelten Ausnahmen davon abhängig machte, dass die VOB/B insgesamt, das heißt, ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen, übernommen worden ist. Diese Rechtsprechung sollte – ohne inhaltliche Änderung – im Gesetzeswortlaut seine Entsprechung finden (Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 154 zu § 308 Nr. 5 BGB).

Die Regelungstechnik des Gesetzgebers wird aber teilweise dahingehend verstanden, dass nur diese beiden Klauseln der VOB/B privilegiert werden, ansonsten aber eine komplette AGB-Kontrolle der VOB/B möglich sein soll (beispielsweise Hoff, BauR 2001, 1654, 1659; Peters, NZBau 2002, 113, 115; Preussner, BauR 2002, 231, 241; Kniffka, ibr-online-Kommentar, Stand: 3. Januar 2006, Die Privilegierung der VOB/B, 2.4.3.2.1). Obwohl sich eine solche Beschränkung der Privilegierung dem Willen des Gesetzgebers nicht entnehmen lässt, weil dieser die Rechtsprechung des BGH zur Privilegierung der VOB/B als Ganzes kannte und billigte, empfiehlt es sich aus Klarstellungsgründen, die beabsichtigte Privilegierung nicht an diesen beiden Klauseln, sondern – wie damals bei § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG – im Rahmen des Anwendungsbereichs (§ 310 BGB) zu verankern (dazu zu Nummer 1c).

Zu Nummer 1c

Der Verweis auf § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB macht deutlich, dass die Privilegierung der VOB/B nur bei der Verwendung gegenüber Unternehmen im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts gilt. Für den Verbraucherbereich würde sie damit aufgehoben. Mit dieser Änderung wäre auch die in der Literatur vertretene Kritik, die Privilegierung der VOB/B in § 309 Nr. 8 Buchstabe b Doppelbuchstabe ff BGB sei mit der Klauselrichtlinie unvereinbar (so Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 309 Rn. 76 m. w. N. auch zur Gegenauffassung; a. A. MüKo-Basedow, BGB, 4. Aufl., § 309 Rn. 77), ausgeräumt.

Für den verbliebenen Anwendungsbereich wird dann, wenn die Vertragsparteien die VOB/B insgesamt vereinbart haben, keine individuelle Klauselkontrolle am Maßstab der §§ 307 bis 309 BGB stattfinden. Möglich bleibt damit jedoch eine Kontrolle der VOB/B als Ganzes anhand von § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Bei der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern würden die Bestimmungen der VOB/B folglich der vollständigen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB unterliegen.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Telefax (02 21) 97 66 83 44
ISSN 0722-8333